3

edição
2014

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FREDIE DIDIER JR.
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais

Revista, ampliada e atualizada de acordo com as súmulas do STF, STJ e TST, as Leis Federais n. 12.016/2009, 12.153/2009, 12.322/2010, 12.431/2011, 12.529/2011 e 12.594/2012, a Lei Complementar 132/2009, a Emenda Regimental n. 31/2009-STF (mudanças no plenário virtual sobre a repercussão geral no recurso extraordinário), as Resoluções do STF n. 450/2010 e 451/2010 e a Resolução do STJ n. 12/2009 (regulamento das reclamações contra decisão de turma recursal em Juizado Estadual contrária ao entendimento predominante no STJ).

12ª edição
revista,
ampliada e
atualizada

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

NEIRO







FREDm Dmum JR.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado).

Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (li\PL), do Instituto lbcroamcricano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docen1c (USP) e Pós-doulorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

1v1vw.frediedidie1:co111.br

L1w ARDO CAR

DA CuNHA

Mestre em Direito pela Ul'PE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.

Professor adjunto da Faculdade de Direi10 do Recife (Ul'PE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mes1rado da Universidade Católica de Pernambuco.

Membro do Instituto lberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Diretor de Relações Institucionais da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.

Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado e consultor jurídico.

CURSO DE DIREITO

PROCESSUAL CIVlL

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSO NOS TRIBUNAIS

VOLUME 3

11" edição

Revista, ampliada e atualizada de acordo com as súmulas do STF, STJ

e TST, as Leis Federais n. 12.O16/2009. 12. 153/2009, 12.322/20 l O, 12.431/2011, 12.529/2011 e 12.594/2012, a Lei Complementar 132/2009, a Emenda Regimental n. 31/2009-STF (mudanças no plenário virtual sobre a repercussão geral no recurso extraordinário), as Resoluções do STF n .

450/2010 e 451/2010 e a Resolução d o STJ n . 12/2009 (regulamento das reclamações contra decisão de turma recursai em Juizado Estadual contrária ao entendimento predominante no STJ).

2013

1 1 EDITORA

fasPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br





1 1 EDITORA

fasPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 - Pituba, CEP: 41830-151 - Salvador- Bahia Tel: (7 1) 3363-86 1 7 /Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br
Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Dani.:la Jardim (www.b11enojardim.com.b1&#65533;

Diagramação: Ccndi Coelho (cendicoelho@gmail.co111)

Todos os direitos desta edição reservados i1 Edições JusPODIVM.

É tcm1inantementc proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorizaçiio do autor e da Edições J11sl'ODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime de .crito na legislação cm "igor. sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

A José Carlos Barbosa Moreira,

no ano do seu septuagésimo quinto

aniversário, por tudo o que significa

para os processualistas da nossa geração.

SUMÁRIO

NOTAS DOS AUTORES

À DÉCIMA PRIMEIRA EDIÇÃO..... 17

Capítulo 1

TEORIA DOS RECURSOS.....

19

1.

Conceito de recurso.....

19

2. O princípio do duplo grau de jurisdição.....

20

3.

O recurso no sistema dos meios de impugnação da decisão judicial.....

26

4.

Classificação.....

27

4.1.

Quanto à extensão da matéria: recurso parcial e recurso total.....

27

4.2.

Quanto à fundamentação: fundamentação

livre e fundamentação vinculada .....

28

5. Atos sujeitos a recurso e recursos em espécie.....

29

5.1.

Introdução - considerações sobre as mudanças feitas pela Lei Federal n. 11.232/2005, em relação à definição dos pronunciamentos judiciais .....

29

5.2.

Sistematização.....

32

6.

Desistência do recurso.....

36

7. Renúncia ao direito de recorrer e aquiescência à decisão.....

41

8.

Juízo de admissibilidade e juízo de mérito do recurso.....

42

8. J.

Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: distinção.....

42

8.2.

Generalidades sobre o juízo de admissibilidade.....

44

8.3.

Objeto do juízo de admissibilidade.....

46

8.3.1. Consideração introdutória .....

46

8.3.2. Cabimento. Princípio da fungibilidade.

Regras da singularidade e da taxatividade dos recursos.....

46

8.3.2.1. Princípio da fungibilidade dos recursos.....

4 7

8.3.2.2. Regra da unicidade, unirrecorribilidade ou

singularidade.....

48

8.3.2.3. Regra da taxatividade .....

50

8.3.3.

Legitimidade (art. 499, CPC) .....

50

8.3.4.

Interesse.....

53

8.3.4.1. Generalidades .....

53

8.3.4.2. Interesse recursai e fonnação do precedente judicial.....

55

8.3.5.

Inexistência de fato impeditivo

ou extintivo do poder de recorrer .....

56

8.3 .6. Tempestividade.....

57

8.3.7.

Regularidade formal. A regra da dialeticidade dos recursos .....

67

8.3.8.

Preparo.....

69

S

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

8.4. Natureza jurídica do juizo de admissibilidade.....

77

8.5. Juízo de mérito..... ....

. .

80

8.5.1. Conceito de mérito do recurso..... . . . . .

80

8.5.2. A causa de pedir recursai:

o error in procedendo e o error in iudicando ....

81

8.5.3. Cumulação ele pedidos no recurso.....

83

8.5.4. Julgamento rescindente e julgamento substin1tivo.

O efeito substitutivo dos recursos.....

86

9. Princípio da proibição da reformatio in pejus.

Vedação ao "beneficio comtun" do recurso ....

87

1 O. Efeitos dos recursos .....
.....

89

1 O. l . Impedimento ao trânsito em julgado.....

89

10.2. Efeito suspensivo.....

90

10.3. Efeito devolutivo: extensão e profündidade (efeito lranslativo).....

91

10.4. Efeito regressivo ou efeito de retratação.....

96

10.5. Efeito expansivo subjetivo (extensão subjetiva dos efeitos).....

97

11. O recurso adesivo.....

97

Capítulo 11

APELAÇÃO.....
107

1. Conceito ....
107

2. Situações excepcionais ....
..... 108

2. l . Embargos infringente de alçada .... !08

2.2. Causas internacionais..... 109

2.3. Lei de Assistência Judiciária..... 11
O

2.4. Sentença que julga a liquidação da sentença 112

2.5. Sentença que decreta a falência ..... 11 S

3. Regularidade forn1al .....

116

4. Efeitos 118

4. l . Efeito devolutivo..... 118

4.2. Análise do mérito pelo tribunal, após afastar o motivo da extinção do processo(§ 3° do art. SIS do CPC)..... 120

4.3. Apelação na hipótese do a1t. 285-A do CPC..... 126

4.4. Efeito suspensivo 131

4.5. Meios para concessão de efeito suspensivo à apelação 136

S. Questões anteriores à sentença ainda não decididas (CPC, art. S 16)..... 141

6. A inovação em sede de apelação..... 142

7. Procedimento..... 144

7.1. Procedimento em primeira instância.

A súmula impeditiva de recurso..... 144

7 .2. Procedimento no tribunal..... 14 7

7.3. Correção de defeitos processuais no procedimento da apelação 149

8

SUMÁRIO

Capítulo IIl

AGRAVO ....
..... 153

!. O agravo no CPC de 1973 ....
..... 153

2. O agravo retido..... 154

3. Impossibilidade de o recorrente optar pelo agravo retido

ou pelo agravo de instrumento. A conversão do agravo

de instrumento em agravo retido por decisão do relator..... 161

4. O agravo de instrumento..... ..... J 68

4.1.

Peças obrigatórias 168

4.2. As peças facultativas..... . . . . I 74

4.3. As peças essenciais ou necessárias 175

4.4. Desnecessidade de autenticação 176

4.5. Comprovação da interposição

do agravo de instmmento (art. 526, parágrafo único, CPC) 177

4.6. Procedimento do agravo de instrumento..... 181

4.7. Considerações sobre o agravo contra a decisão do relator.

Inviabilidade do agravo interno contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursai..... 184

4.8.

Extinção do processo em julgamento de agravo de instrumento..... 190

4.9. Agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença 191

4.10. Agravo de instrumento contra decisão que trata da compensação de créditos da dívida ativa com precatórios (Lei Federal n. 12.431/2011) 197

Capítulo IV

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO..... I 99

1. Os embargos de declaração como recurso e suas hipóteses de cabimento 199

2. Efeitos dos embargos de declaração. 204

2.1. Efeito devolutivo..... 204

2.2. Efeito suspensivo..... 206

2.3. O denominado efeito modificativo dos embargos

de declaração ("embargos de declaração com efeito infringente")..... 207

2.4. Interromper o prazo de interposição de outro recurso 208

3. Decisão omissa e dispensabilidade da oposição dos embargos de declaração..... 215

4 . Natureza d a decisão que julga o s embargos de declaração 220

5. Competência para o julgamento dos embargos de declaração.... 222

6. Prazo..... 223

7. Regularidade formal dos embargos de declaração..... . . .
..... 225

8. Dispensa de preparo... . . . . .
..... 225

9. Contraditório e embargos de declaração ....
..... 226

1 O. Multa pelo caráter protelatório . . . .
..... 226

11. Embargos de declaração e prequestionamento... ....
..... 229

12. Embargos de declaração e o direito ao aditamento

do recurso j á interposto ("princípio" da complementaridade).... . . . .
230

FR.EDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

13. Ratilicação do recurso após julgamento dos embargos de declaração.

Enunciado 418 da súmula do STJ..... 231

14. Uniformização de jurisprudência nos embargos de declaração 233

15. Controle de constitucionalidade e o julgamento dos embargos de declaração..... 234

Capítulo V

EMBARGOS INFRINGENTES..... 235

1. Controvérsia sobre a manutenção

dos embargos infringentes no direito positivo 235

2. Os embargos de nulidade e infringentes

do julgado previstos pelo CPC de 1939 236

3. As hipóteses de cabimento dos embargos infringentes no CPC/73 238

4. Cabimento dos embargos infringentes

apenas de acórdão de mérito que julgar a apelação..... 242

5. Embargos infringentes em ação rescisória..... 244

6. Situações polêmicas 246

6.1. Reexame necessário..... 246

6.2. Embargos de declaração..... 247

6.3. Julgamento de agravo..... 248

6.4. Voto-médio..... 252

6.5. Parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios 253

7. Os efeitos dos embargos infringentes 256

8. Os embargos infringentes e a ausência de declaração de voto vencido..... 257

9. As razões de decidir nos embargos infringentes

(vinculação aos argumentos do voto vencido?)..... 258

10. Procedimento dos embargos infringentes
..... 259

11. Os embargos infringentes e o prazo para

os recursos extraordinário e especial (o art. 498 do CPC) 261

Capítulo VI

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL..... 265

1. Generalidades..... 265

2. Recurso ordinário constitucional para o STF..... 265

3. Recurso ordinário constitucional para o STJ 269

3 .1. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança..... 269

3.2. Recurso ordinário constitucional em causas internacionais..... 270

Capítulo Vil

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL 273

J. Características gerais..... 273

2. Efeito devolutivo restrito. Recursos de fundamentação vinculada..... 274

3. Recurso excepcional e reexame de prova..... 274

4. Recurso excepcional e os conceitos vagos..... 275

5. Recurso excepcional e interpretação de cláusula contratual..... 277

SUMÁRJO

6. Prequestionamento 278

7 . Exigência d e prévio esgotamento das instâncias ordinárias 284

8. Recursos extraordinário e especial contra provimentos

de urgência (Súmula do STJ, n. 86 e Súmula do STF, n. 735). 286

9. Recurso extraordinário e recurso especial retidos (art. 542, § 3°, CPC)..... 291

1 O. S istema de admissibilidade
desdobrado..... 296

l l. Permitem execução provisória .....
..... 297

12. profundidade do efeito devolutivo dos recursos excepcionais...
..... 300

12.1. Generalidades. O n. 456 da súmula do STF.

O exame de questões de ordem pública e

de outras questões não enfrentadas pelo tribunal recorrido..... 300

12.2. As questões supervenientes. O art. 462 do CPC

aplicado aos recursos extraordinários 305

12.3. Os enunciados 292 e 528 da súmula

da jurisprudência predominante do STF 308

13. Preparo ....
..... 312

14. Interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário.

O enunciado n. 126 da súmula da jurisprudência predominante do STJ 315

15. Processamento dos recursos extraordinários. Análise do art. 543 do CPC
..... 317

16. Agravo contra a decisão que nega seguimento, na origem, a recurso

extraordinário ou recurso especial (art. 544 do CPC) 320

17. Recurso especial
..... 325

17. 1. O papel do STJ .....
325

17.2. Considerações gerais sobre o recurso especial ....
326

17.3. Cabimento com fundamento na letra "a"

do inciso IU do art. 105 da CF/88 327

17.4. Cabimento com fundamento na letra "b"

do inciso 111 do art. 105 da CF/88 330

17.5. Cabimento com fundamento na letra "c"

do inciso lfl do art. 105 da CF/88 ....
330

17.6. Recurso extraordinário em julgamento de recurso especial .....
336

17.7. Controle difuso da constitucionalidade

da lei federal apontada como violada..... 336

18.8. Recurso especial em reexame necessário ....
. . . . 337

17.9. Julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos..... 339

17.1 O. Desistência do recurso no procedimento

de julgamento por amostragem 347

18. Recurso extraordinário.....

349

18.1. Papel do STF 349

18.2. Considerações gerais..... 349

18.3. Cabimento com fundamento na letra "a"

do inciso 111 do art. 102 da CF/88 351

18.4. Cabimento com fundamento na letra "b"

do inciso 111 do art. 102 da CF/88 352

1 1

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

18.5. Cabimento com fundamento na letra "c"

do inciso lll do art. 102 da CF/88 353

18.6. Cabimento com fundamento na letra "d"

do inciso lll do art. 102 da CF/88 354

18.7. Recurso extraordinário contra julgamento que contraria tratado internacional sobre direitos fundamentais 355

18.8. A repercussão geral..... 356

18.9. A "objetivação" do recurso extraordinário 37 1

19. Enunciados das súmulas da jurisprudência predominante

do STJ e do STF sobre recursos excepcionais 378

19.J. Enunciados da Súmula do STF 378

20.2. Enunciados da Súmula do STJ. 380

Capítulo VIII

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA..... 381

1. Objetivos dos embargos de divergência..... 381

2. Hipóteses de cabimento..... 381

3. Necessidade de a divergência ser atual

e sua comprovação (confronto analítico)..... 386

4. Procedimento..... 388

Capítulo IX

AÇÃO RESCISÓRIA.....

391

1. Noção geral 391

2. Pressupostos da ação rescisória..... 392

3. O objeto da ação rescisória 393

4. Legitimidade 400

5. Competência para processar e julgar a ação rescisória 406

6. O prazo para ajuizamento da ação rescisória..... 411

7. Hipóteses de cabimento..... 420

7.1. A causa de pedir na ação rescisória..... 420

7.2. Prevaricação, concus ão e corrupção..... 421

7.3. l mpedimento dojuiz 426

7.4. lncompetência absoluta..... 426

7.5. Dolo da parte vencedora 429

7.6. Conluio entre as partes..... ... 432

7.7. Ofensa à coisa julgada 433

7.8. Violação à literal disposição de lei..... 435

7.9. Prova falsa..... 446

7.10. Documento novo 449

7.11. Houver motivo para invalidar confissão,

reconhecimento da procedência do pedido,

renúncia ou transação em que se baseou a sentença..... 455

7.12. Erro de fato 461

SUMÁRIO

8. Procedimento. 464

8. l. Consideração introdutória..... 464

8.2. Petição inicial e depósito obrigatório..... 465

8.3. Valor da causa . . . . . .
..... 472

8.4.

Prazo de defesa 473

8.5. Revelia na ação rescisória..... ....
. . . 476

8.6.

Reconvenção na ação rescisória..... 478

8.7. Produção de provas na ação rescisória..... . ...
478

8.8.

Intervenção do Ministério Público..... 480

8.9. Suspensão da execução da decisão

rescindenda e tutela antecipada na ação rescisória ... .
480

9. Julgamento: o iudicium rescindem· e o iudicium rescissorium.....
484

1 O. Eficácia temporal do j ulgamento rescindente. .....
..... 486

11. Recmsos na ação rescisória..... . . . .
..... 488

12. Execução na ação rescisória..... . . . .
..... 491

13. Ação rescisória de julgamento proferido em ação rescisória.....
491

Capítulo X

AÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA

(QUERELA NULLITATIS)
..... 493

Capítulo XI

RECLAMAÇÃO CONSTIT UCIONAL.....
499

1. Consideração introdutória . . . .
..... 499

2. Distinção entre a reclamação e a correição parcial ....
..... 500

3. Natureza jurídica..... .....
501

4. Consequências da definição da natureza

jurídica da reclamação constitucional ....
..... 504

5. O posicionamento do STF firmado no julgamento da ADI 2.212-1.

A possibilidade de reclamação perante tribunais de j ustiça.

A reclamação como exercício do direito de petição - Crítica.....
505

6. A reclamação perante Tribunal Regional Federal .....
509

7. A reclamação como demanda típica (fundamentação vinculada) . . . .
. . . . 512

8. A reclamação contra ato que desrespeitou enunciado

da súmula vinculante do STF (Lei Federal n. 11.417 /2006) 517

9. Reclamação contra decisão de Juizados Especiais Cíveis Estaduais que contraria entendimento do STJ 520

10. Reclamação e decisão transitada em julgado 526

l l .
Procedimento..... 527

12. Custas e honorários advocatícios na reclamação 530

Capítulo XII

REEXAME NECESSÁRIO..... 531

l. Natureza jurídica..... 53 l 1 3



NEIRO

FREDIE DIDIER JR. E LEO ARDO CAR

DA CUNHA

2. Hipóteses de cabimento..... 532

3. Procedimento..... . . ..

..... . 534

4. Hipóteses em que pode ser dispensado o reexame.....
537

5. Reexame necessário, sentença terminativa e a possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal (§ 3° do art. 5 15 do CPC) 54 1

Capítulo Xlll

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.....
543

1. Previsão legal .....
543

2. Natureza jurídica do pedido de suspensão ....
. . 546

3. Legitimidade para o ajuizamento do pedido de suspensão .....
547

4. Competência para o pedido de suspensão..... . . . .
..... 549

5. Procedimento do pedido de suspensão.....
550

6. Duração da suspensão concedida .....
551

7. Do agravo interno contra a decisão do pedido de suspensão .....
553

8. Da renovação do pedido de suspensão para o tribunal superior .....
555

9. Da suspensão para várias decisões similares e do pedido de aditamento .....
557

1 O. Da possibilidade de utilização concomitante de agravo ele instrumento e ele pedido de suspensão dos efeitos da liminar..... 559

Capítulo XIV

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS.....
56 1

1. Generalidades .....
56 1

2. A função do regimento interno dos tribunais.....
562

3. Protocolo, registro e distribuição ..... .
..... 562

4. Conexão e prevenção ....
..... 566

5. Distinções: voto, julgamento e acórdão

(a necessidade de ementa no acórdão) .....
566

6. A tutela de urgência no âmbito recursai .....
570

7. A produção de prova em tribunal .. ..
..... 573

8. Relator..... .....
576

8.1. Generalidades..... 576

8.2. Análise do art. 557 do CPC..... 577

8.3. O agravo interno 580

9. Revisor .....

580

10. O julgamento..... ....
..... 583

10.1. A colegial idade corno regra ....
583

10.2. Convocação de outros juízes

para a composição do quorum do julgamento 584

10.3. Da ordem de j ulgamento, inclusão e publicação da pauta.....
586

10.4. Exposição da causa pelo relator..... 588

10.5. Sustentação oral ....
590

10.5.1. Generalidades 590

l 0.5.2. O momento para a apresentação da sustentação oral 591

1 4

SUMÁRIO

10.5.3. A publicidade como meio de viabilizar a sustentação oral..... 593

l 0.5.4. Pedido ele sustentação oral..... 594

10.5.5. Casos em que não se admite a sustentação oral..... 596

10.5.6. Aplicação do art. 557 do CPC

e o cabimento da sustentação oral 598

10.5.7. Sustentação oral versus esclarecimento de fato 599

10.6. Pedido de vista .....
600

10.7. Julgamento separado do juízo de admissibilidade e ele cada um cios pedidos cumulados 602

10.8. Correção de defeito processual no julgamento em tribunal..... 604

10.9. A dispersão de votos

(quando não se atingiu a maioria). O voto-médio..... 604

10.1 O.Modificação ele voto.....
607

1 l. Incidentes em julgamento de tribunal
..... 608

Capítulo XV

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO

DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO

DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TRI.BUNAL .....
609

1. Considerações gerais sobre os incidentes em julgamento de tribunal .....
609

2. Uniformização da jurisprudência (arts. 476-479 do CPC).....
613

3. Uniformização da jurisprudência: distinção com o incidente de julgamento de recurso (art. 555, § 1 º, CPC) e com os embargos de divergência 617

4. Incidente de decretação de inconstitucionalidade

da lei (arts. 480-482 do CPC): peculiaridades 618

BIBLIOGRAFIA..... 625

1 5

NOTAS DOS AUTORES

À DÉCIMA PRIMEIRA EDIÇÃO

A décima primeira edição deste volume 3 vem com alguns acréscimos dignos de nota.

O livro foi atualizado em razão da Lei n. 1 2.594/20 1 2, que regulou o prazo para o Ministério Público nos procedimentos relacionados à infância e à juventude.

No capítulo sobre os recursos extraordinários, fundimos os antigos itens 1 2 e 1 7 em um único item dedicado à profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários - aproveitamos para inserir um subitem em que examinamos a aplicação do art. 462 do CPC na instância extraordinária.

Acrescentamos, ainda, um item ao capítulo sobre ação rescisória, dedicado à análise do efeito da decisão rescindente - no particular, foi decisiva a contribuição de Antonio do Passo Cabral, em sua tese de doutoramento na UERJ.

Além disso, fizemos referência às mais recentes decisões dos tribunais superiores, inclusive aos novos enunciados das súmulas da jurisprudência predominante do STF e do STJ. Destacamos, no particular, a análise do vaivém jurisprudencial em torno do recurso prematuro, da possibilidade de rescisória contra decisão terminativa, do cabimento de embargos infringentes contra acórdão não unânime que refom1ou capítulo relativo aos honorários advocatícios e da profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinários.

Não poderíamos deixar de agradecer a Rafael Ferreira, que nos prestou inestimável auxílio.

A Catarina Schubach, Daniel Miranda, Mário Dorna, Ravi Peixoto e Talita Romeu um agradecimento especial, pelas gentis sugestões para aperfeiçoamento do livro.

Gostaríamos, enfim, de agradecer aos leitores que confiaram em nosso trabalho e de reiterar a promessa feita desde a primeira edição deste volume: comprometemo-nos a proceder à atualização on tine do livro (www.editorajuspodivm.com.br), à medida que outras leis forem sendo publicadas até o término desta edição.

1 7

Esperamos que o livro continue sendo útil ao leitor e, assim, possa continuar sendo citado pelos tribunais brasileiros, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, que nos têm dado essa honra.

Salvador/Recife, nordeste brasileiro, em janeiro de 2 0 1 3 .

Fredie Didier Jr.

wwwfrediedidie1: com. br

facebook. com/FredieDidier Jr

Leonardo Carneiro da Cunha

CAPÍTULO 1

TEORIA DOS RECURSOS

Sumário • 1. Conceito de recurso - 2. O princípio do duplo grau de jurisdição - 3. O recurso no sistema dos meios de impugnação da decisão judicial -4. Classificação: 4.1. Quanto à extensão da matéria: recurso parcial e recurso total; 4.2. Quanto à fundamentação: fundamentação livre e fundamentação vinculada - 5. Atos sujeitos a recurso e recursos em espécie: 5. 1 . Introdução - considerações sobre as mudanças feitas pela Lei Federal n.

1 1 .23212002, em relação à definição dos pronunciamentos judiciais; 5.2. Sistematização - 6. Desistência do recurso - 7. Renúncia ao direito de recorrer e aquiescência à decisão - 8. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito do recurso: 8. 1 . Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: distinção; 8.2. Generalidades sobre o juízo de admissibilidade; 8.3. Objeto do juízo de admissibilidade; 8.3. 1 . Consideração introdutória; 8.3.2. Cabimento. Principio da fungibilidade. Regras da singularidade e da taxatividade dos recursos: 8.3.2. 1 . Princípio da fungibilidade dos recursos; 8.3.2.2. Regra da unicidade, unirrecorribilidade ou singularidade; 8.3.2.3. Regra da taxatividade; 8.3.3. Legitimidade (art. 499, CPC); 8.3.4. Interesse: 8.3.4 . 1 . Generalidades; 8.3.4.2. interesse recursai e formação do precedente judicial; 8.3.5. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; 8.3.6. Tempestividade; 8.3.7. Regularidade formal. A regra ela dialeticicladc dos recursos; 8.3.8. Preparo; 8.4. Natureza j urídica do juízo de admissibilidade; 8.5. Juízo de mérito; 8.5. 1 . Conceito de mérito cio recurso; 8.5.2. A causa de pedir recursai: o error i11 pivcede11do e o error in iudicando; 8.5.3. Cumulação de pedidos no recurso 8.5.4. Julgamento rescindente e julgamento substitutivo. O efeito substitutivo cios recursos -9. Princípio da proibição da reforma tio in pejus. Vedação ao "beneficio comum" do recurso - 1 O. Efeitos dos recursos: 10. 1 .

Impedimento ao trânsito em julgado; 10.2. Efeito suspensivo; l 0.3. Efeito devolutivo: extensão e profundidade (efeito translativo); 10.4. Efeito regressivo ou efeito de retratação; 10.5. Efeito expansivo subjetivo (extensão subjetiva dos efeitos) - 1 1 . O recurso adesivo.

1 . CONCEITO DE RECURSO

Recurso é o "remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna"' . É preciso fazer algumas anotações a esse conceito.

a) O conceito de recurso não pertence à teoria geral do processo. Trata-se de

conceito jurídico-positivo, que depende, pois, do exame de um dado ordenamento jurídico. A teoria geral do processo tem por objeto o estudo da decisão judicial, mas a criação dos meios de impugnação dessa decisão e o delineamento de suas características são tarefas do direito positivo.

É por isso que, no direito brasileiro, recurso é remédio voluntário, o que exclui do âmbito de incidência do seu conceito a remessa necessária, que é regulada em dispositivo que se encontra fora do título do CPC que cuida dos recursos (CPC, art. 475).

b) O recurso prolonga o estado de litispendência, não instaura processo novo. É

por isso que estão fora do conceito de recurso as ações autônomas de impugnação, 1 .

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 233.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CA!li"l"EIRO DA CUNHA que dão origem a processo novo para impugnar uma decisão judicial (ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial, reclamação constitucional, embargos de terceiro etc.).

c) O recurso é "simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo"2• O direito de recorrer é conteúdo do direito de ação (e também do direito de exceção), e o seu exercício revela-se como desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais.

d) O direito de recorrer é potestativo3, porque produz a instauração do procedimento recursa! e o respectivo complexo de situações jurídicas dele decorrentes, como, por exemplo, o direito à tutela jurisdicional recursa! (direito à resposta do Estado-Juiz, que deve ser qualificado pelos atributos do devido processo legal) e o dever de o órgão julgador examinar a demanda. O direito à tutela jurisdicional recursai é um direito a uma prestação4•

O direito ao recurso é conteúdo do direito fundamental de ação. À semelhança do que ocorre com este, o direito ao recurso possui também um conteúdo complexo.

Sobre o assunto, ver o v. 1 deste Curso.

2. O PRINCÍPIO DO DU PLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição está garantido pela atual Constituição Federal? Eis a pergunta que se pretende responder neste item.

Questão que divide a doutrina é a que se refere à natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal de 1 988, no inciso LV do art. 5°, assegurou a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes; todavia, expressamente, não aludiu ao duplo grau de jmisdição, mas sim aos instrumentos inerentes ao exercício da ampla defesa. Por esse motivo, autorizada doutrina pátria repele que o duplo grau de jurisdição estej a alçado à categoria de princípio constitucional5.

2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come11tários ao Código de Processo Civil. 11 ed. cil., p. 236, com inúmeras referências bibliográficas. Também neste sentido, com ampla fundamentação. NERY Jr., Nelson, Princípios fi111da111e11tais - Teoria geral dos recursos. 5 ed. São Paulo, RT, 2000, p. 1 84-206.

3.

Assim, também, AMORL"1, Aderbal Torres de. Recursos cíveis ordi11ários. Pono Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

4.

Há, pois, dois direitos (duas situações jurídicas processuais): o direito ao recurso e o direito á tutela jurisdicional recursai, que decorre do exercício do primeiro. Com outra visão, considerando o direito ao recurso como um direito a uma prestação, pois o "Estado tem de prestar para satisfazer o direito ao recurso - prestar tutela jurisdicional", OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MlTl'DIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 164, nota 2.

5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 239-40; NERY

JR., Nelson. Princípios do processo cívil 110 Constituição Federo!. 6 ed. rev., aluai. e ampl. São Paulo: RT, 20

TEORIA DOS RECURSOS

Luiz Guilhenne Marinoni, ao tratar do caráter constitucional do duplo grau de j urisdição, afirma que o aludido inciso do ai1. 5° garante os recursos inerentes ao contraditório, vale dizer, o direito aos recursos previstos na legislação processual para um determinado caso concreto, ressalvando que, para uma certa hipótese, pode o legislador infraconstitucional deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior.6 Registra, ainda, os inconvenientes causados pelo duplo grau de jurisdição, mormente no tocante ao princípio da oralidade e à credibilidade do Judiciário.

Há aqueles que pugnam pelo perfil constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição: Nelson Luiz Pinto7, Calmon de Passos8, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier9.

O primeiro parte da premissa segundo a qual a referência a "recurso" que consta do inciso LV do art. 5.0 da CF não se refere ao sentido estrito do termo, ao sistema recursai processual, mas à possibilidade, em tese, de que toda decisão comporte impugnação por vias autônomas (mandado de segurança, ações rescisórias etc.), de que os atos de poder, praticados pelo Judiciário, possam ser submetidos a controle pelas partes. Este seria o sentido amplo dado ao termo recurso utilizado pela Constituição, abrangendo tanto os recursos stricto sensu como as ações autônomas de impugnação, os quais atenderiam ao princípio do duplo grau de jurisdição, dando a este o caráter constitucional1º.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier ponderam que, sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é considerado de caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado à moderna noção de Estado de Direito11, que, por sua vez, exige o controle, em sentido duplo, das atividades do Estado pela sociedade. Asseveram que o duplo grau desempenha controle nos dois planos: a sociedade, que, em cada 2000, p. 1.69-1 72. Pontua este autor que, muito embora o duplo grau de jtrrisdição, no tocante ao processo civil, não seja princípio constitucional, quanto ao processo penal, por força do disposto no §2° do art. 5°

da CF/88, o Pacto de San José da Costa Rica - art. 8°, n. 2 - teria incluindo no rol de direitos e garantias voltadas ao acusado no processo penal o direito ao duplo grau de jurisdição, porquanto a norma do tratado aluda ao "direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior" - p. 1 72.

6.

Tutela a111ecipatória,j11lga111e11to antecipado e exec11çcio imediata da sentença. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 2 1 7-8.

7.

Manual dos Recursos Cíveis. 3 ed. 2• tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85-87.

8.

Direito, Podei; Justiça e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-70; "O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição". Reverear- estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia (1891-1981). Saraiva: 1 98 1 , p. 83-96.

9.

Breves Comentários à 2" Fase da Reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p.

I J l-4 1 .

1 O. Manual dos Recursos Cíveis. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

1 1. Neste sentido as ponderações de Nelson Luiz Pinto: "toda decisão é um ato de poder e, corno tal, deve comportar controle por parte dos jmisdicionados, como princípio basilar do Estado de Direito". (Manual dos recursos cíveis, cit., p. 86).



processo, está "figurada" pelas partes, exerce o controle da atividade estatal por meio do manejo de recursos; e, no plano interno do Poder Judiciário, os órgãos hierarquicamente superiores "controlam" as decisões promanadas dos inferiores12•

Advertem, entretanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição, conquanto de cunho constitucional, comporta l imitações, cujo exemplo está no § 3º do art.

5 1 5, do CPC, que permite ao Tribunal, no julgamento de apelação interposta contra sentença terminativa, conhecer diretamente do mérito, dês que a causa verse exclusivamente sobre questão de direito e esteja pronta para julgamento; nesse caso, mesmo não havendo apreciação da matéria meritória pelo primeiro grau, é permitido que o órgão ad quem analise o mérito, intocado por aquele. 1 3

Calmon de Passos refere-se ao devido processo constitucional, cláusula em que insere a garantia do duplo grau de jurisdição:

"Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção. a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto üuiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessabilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer).

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados.

E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar".14

Malgrado apareça na dogmática processual desde os tempos mais remotos como princípio processual relacionado ao recurso, vez que se constitui na 12. Breves Comemários à 2" Fase da Reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. ciL, p. 140.

13. Gervásio Lopes Jr. entende que o § 3º do art. 5 1 5 do CPC não é um limitador do princípio do duplo grau de jurisdição: ele seria, na verdade,

responsável, "juntamenle com outros dispositivos normativos infraconstitucionais, pela própria delimitação do alcance do considerado princípio, conslituindo-se, ao invés de desvios da regra geral, em elementos verdadeiramente responsáveis por sua definição (LOPES Jr., Gervásio. Julgamento direto do mérito na i11stâ11cia recursai. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2007, p. 73).

14. Direito, Poder Justiça e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-70. Do mesmo autor, fundamental a leitura de clássico estudo: "O devido processo legal e o duplo grau de jurisdii;<io·'. Reverear - estudos jurídicos em ho111e11age111 à Faculdade de Direito da Bahia (1891-1981). Saraiva: 1981, p. 83-96.

possibilidade de análise, por um outro órgão, do inconformismo do interessado (paJte, M P ou terceiro) quanto à decisão proferida, o princípio do duplo grau de jurisdição vem sofrendo críticas de segmento respeitável da doutrina processual.15

Com efeito, traz a doutrina como pontos negativos desse princípio: a dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da primeira instância, a quebra de unidade do poder jurisdicional, a dificuldade na descoberta da verdade mais próxima

possível da real e a inutilidade do procedimento oral. Seguem os argumentos pertinentes a cada um desses aspectos.

Dificuldade de acesso à justiça. O prolongamento do processo, com a consequente elevação dos custos, representa, muita vez, uma denegação de justiça, provocando danos econômicos às partes, constituindo um instrumento benéfico àquele que demanda sem ter razão, ou, em outros casos, fazendo muitas vezes com que a parte que tem razão, venha a renunciar seu direito16• Curial se afigura a colocação de Luiz Guilherme Marinoni: "O duplo grau, em resumo, é uma boa desculpa para o réu que não tem razão retardar o processo"17•

Desprestigio da primeira instância. Dada a ampla possibilidade de submeter a decisão proferida pela primeira instância à apreciação do órgão de segundo grau, a atividade processual daquele viria a reduzir-se apenas à presidência da atividade instrutória e "opiniões" quanto a questões de mérito, as quais só seriam definitivamente resolvidas em segundo grau18• Assim, o primeiro grau seria uma ampla fase de espera, onde o processo seria "preparado", i nstruído para a fase do julgamento definitivo, em sede de apelação, e somente para aquela parte que tem condições econômicas para chegar até esta fase.19

Quebra de unidade do poder jurisdicional- insegurança. O segundo grau de jurisdição, na apreciação do recurso, pode adotar um de dois posicionamentos: mantém a decisão de primeiro grau, ou a reforma/invalida. Ambas as condutas, sustenta a doutrina, causam descrédito à função jurisdicional. Se mantida a decisão, atesta-se que os atos praticados para a submissão da matéria ao segundo grau de j urisdição afiguraram-se inúteis, continuando a parte recorrente inconformada com o resultado, vez que a movimentação da máquina judiciária, com a consequente elevação de custos não l he trouxe nenhum benefício psicológico ou jurídico. Caso haja reforma da decisão de primeiro grau, denotar-se-á, assim, J 5. LAS PRO, Orestes Nestor de Souza. Duplo grau de jurisdição no direito processual civil. São Paulo: RT, 1995, p. 98- 1 17; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela ontecipotório,julgamento amecipado e execução imediato do sentença. 2 ed. rev. atual., São Paulo: RT, 1 998, p. 208-224.

1 6. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. Duplo grau de jurisdição no direito processual civil, cit., p. 1 14- 1 1 5.

17. Tutela antecipa tório, julgamento antecipado e execução imediato da sentença, cit., p. 213.

1 8. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. Duplo grau de jurisdição 110 direito pmcessuol civil, cit., p. 1 1 5.

19. MAR.INONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória,julgamento antecipado e execução imediata da sentença, cit., p. 2 1 5-216.

23

que esta instância é falha, frágil, não sendo digna de confiança ou prestígio, o que repercute na imagem de todo o Judiciário20, à medida que o primeiro grau é sua "porta de entrada".

As ponderações de Luiz Guilherme Marinoni, sob a ótica do jurisdicionado, merecem referência: "o leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida.

Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal".21

Isso gera, inevitavelmente, efeitos negativos sobre toda a atividade estatal.

"Destarte, se através da jurisdição o Estado tem como principal objetivo a aplicação da vontade concreta da lei, as divergências entre as decisões de primeira e segunda instância apontam para um conflito na interpretação das normas, o que conduz à desestabilização de todo o sistema estatal"22•

Afastamento da verdade (mais próxima da) real. Nas legislações que admitem a dilação probatória em segunda instância, o duplo grau de jurisdição também dificulta a busca da verdade mais próxima da real, vez que são normais as dificuldades na produção da prova, bem como a divergência entre seu resultado e aquele obtido em primeira instância, notadamente quanto às provas orais.23

Inutilidade do procedimento oral. A respeito deste aspecto negativo do duplo grau de jurisdição, convém recorrer à síntese de Orestes Laspro:

"O sistema processual em vigor, portanto, se por um lado procura garantir a oralidade e seus consectários lógicos, a fim de que profira a sentença o julgador que participou do processo e teve contato direto com as provas, de outro possibilita que essa decisão seja substituída por uma decisão cujo prol ator não teve nenhum contato com a produção das provas e que julga, portanto, com base na documentação dos atos processuais. Podemos concluir, então, que o procedimento em segundo grau é um procedimento escrito. Destarte, no sistema processual brasileiro, afasta-se com o duplo grau a grande vantagem do sistema oral que é a valorização da percepção do julgador, que, em contato direto com as partes e com a produção de provas, tem melhores condições de extrair a verdade dos fatos . . . "24

Ademais, é preciso dizer que há causas de competência originária do STF

(art. 1 02, I, CF/88), em que não há duplo grau de jurisdição. Há, porém, recursos garantidos constitucionalmente, e que não podem ser eliminados por lei i nfraconstitucional (p. ex.: o recurso ordinário para o STF, art. 1 02, l l, e para o STJ, art. 1 05, II, ambos da Constihiição federal).

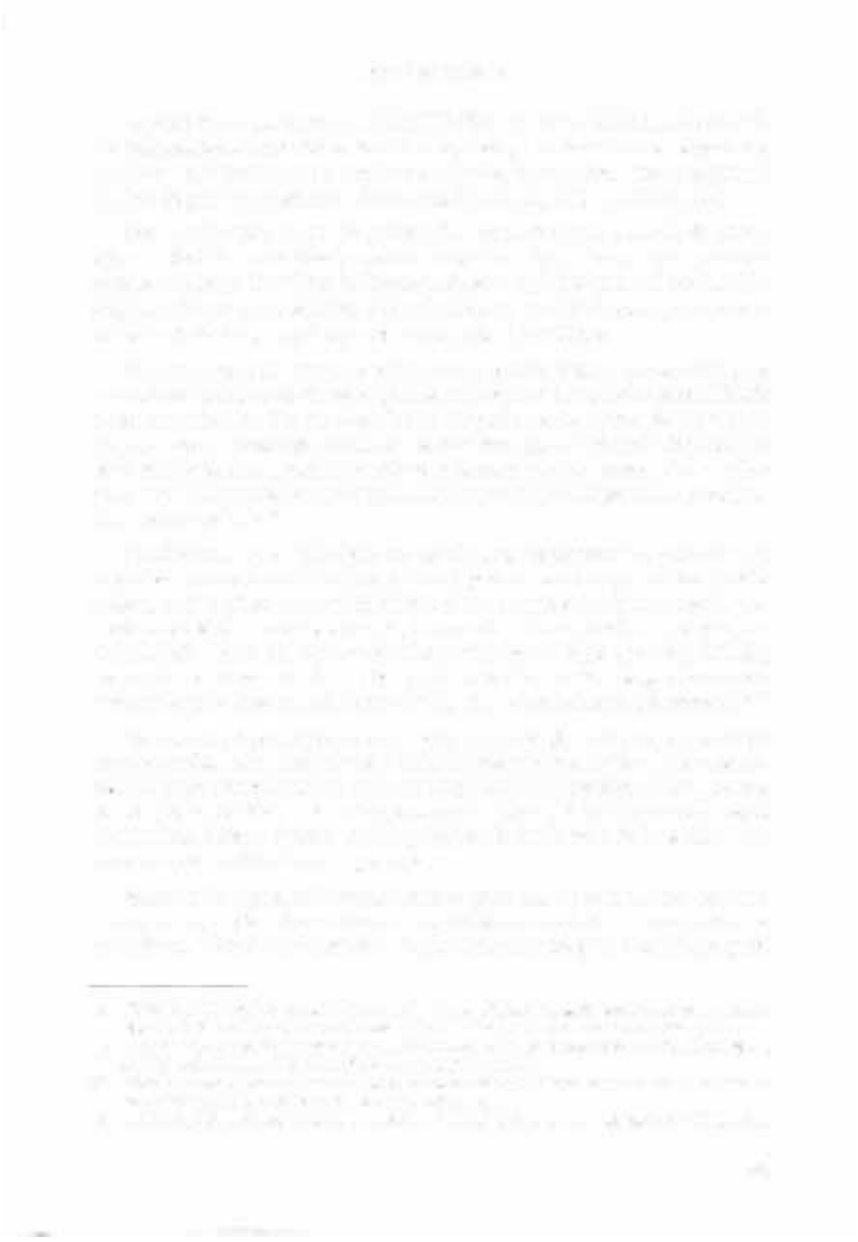
20. LASPRO, Orestes Nestor d e Souza. Duplo grau de jurisdição 110 direito processual civil, cil., p. 1 16.

2 1 . Tutela amecipatória,julgC1111enlo antecipado e execução imediata da sentença, cil., p. 2 15.

22. LAS PRO, Orestes Nestor de Souza. Duplo grau de jurisdição 110 direito processual civil, cit., p. l 16.

23. LAS PRO, Orestes Nestor de Souza Duplo grau de jurisdição 110 direito processual civil, cit., p. 1 1 6.

24. LASPRO, Orestes Nestor de Souza Duplo grau de jurisdição 110 direito processual civil, cit., p. 133.



TEORIA DOS RECURSOS

Na verdade, a organização do Poder Judiciário, tal como definida na Consti- tui

ção Federal, denota uma sistemática hierarquizada, havendo tribunais superiores, que estão superpostos a outros tribunais, os quais, por sua vez, estão superpostos a j uízos de primeira instância (CF/88, arts. 92, 93, III, 1 02, li, 1 05, II, 1 08).

Ora, os tribunais, na grande maioria dos casos, exercem a função de reexaminar as decisões proferidas pelos j uízes inferiores. Em outras palavras, a maior parte

da atividade dos tribunais é de segundo grau de j urisdição, daí resultando a evidência de que a Constituição Federal refere-se, quando disciplina a estrutura cio Poder Judiciário, ao princí.pio do duplo grau de jurisdição.

Há casos, contudo, em que o próprio texto constitucional comete a t1ibunais superiores o exercício do primeiro grau de jurisdição, sem conferir a possibilidade de um segundo grau. Nessas situações, ao tribunal superior se comete o exercício de grau único de jurisdição, revelando-se, com isso, que o duplo grau de jurisdição não está referido, na estrutura constitucional, em termos absolutos. Daí se infere que a Constituição Federal prestigia o duplo grau de jurisdição como princ ípio, e não como garantia25.

Considerando que o princípio não precisa estar expressamente previsto para que esteja embutido no sistema normativo26, pode-se concluir que a Constituição Federal, ao disciplinar o Poder Judiciário com uma organização hierarquizada, prevendo a existência de vários tribunais, tem nela inserido o princípio do duplo grau de jurisdição. "Ademais, é possível retirar o princípio do duplo grau de jurisdição, como o fazem Calmon de Passos, Nelson Nery Jr. etc., da cláusula geral do devido processo legal, e da garantia do contraditório, corno o faz Delosmar Mendonça Jr".27

Na verdade, o princípio do duplo grau de jurisdição não chega a consistir numa garantia, pois a Constituição Federal a ele apenas se refere, não o garantindo. A única Constituição que tratou do duplo grau de jurisdição como garantia absoluta foi a de 1 824; as demais deixaram de se lhe conferir tal atributo. A atual Constituição Federal apenas prevê o princípio do duplo grau de jurisdição, não tratando de discipliná-lo como garantia28.

Sendo assim, é possível haver exceções ao princípio, descerrando-se o caminho para que a legislação infraconstitucional restrinja ou até elimine recursos em casos específicos. Além do mais, sendo o duplo grau um princípio, é curial que pode 25. DlNAMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos Recursos". Aspectos polêmicos e atuais dos re- cursos cíveis, v. 5. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2002, p. 38.

26. WAM BrER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2�fase da reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 132- 1 4 1 .

27. " A decisão monocrática d o relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos". Tese de doutoramento.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 54.

28. NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3 ecl. São Paulo: RT, 1 996, p. l 63.



haver princípios opostos, que se ponham como contraponto. Em outras palavras, sendo o duplo grau um princípio, pode ser contraposto por outro princípio, de molde a que haja limites de apl icação recíprocos.

"Todavia, a presença constitucional do duplo grau de jurisdição não significa o seu caráter absoluto. Por ser princípio, deve se harmonizar no sistema, convivendo com outros princípios, mesmo diante da colisão no plano empírico, resultante da tensão das normas. Os princípios, diferente das regras, não funcionam no regime de exclusão no caso de conflito, e sim de ponderação.

(. . .) O duplo grau está no sistema em permanente tensão com o princípio da efetividade do processo . . . , devendo ser ponderado em situações concretas, obedecendo ao mecanismo da proporcionalidade.

Essa ponderação é feita inicialmente pelo legislador, sopesando valores através das normas principiais. Ponderando assim a complexidade da matéria, a importância social da causa, as circunstâncias procedimentais e a duração razoável do processo, pode o legislador, concedendo maior peso à efetividade sem sacrificar (eliminar) os princípios do devido processo legal e ampla defesa, optar por restringir o duplo grau de jurisdição em determinadas causas ou em certas circunstâncias".29

3. O RECURSO NO SISTEMA DOS MEIOS DE I M P UGNAÇÃO DA DE CISÃO JUDICIAL

O sistema de impugnação da decisão judicial é composto dos seguintes instrumentos: a) recursos; b) ações autônomas de impugnação; c) sucedâneos recursais.

O recurso é o meio de impugnação da decisão judicial utilizado dentrn do mesmo processo em que é proferida. Pelo recurso, prolonga-se o curso (a litispendência) do processo. Trata-se do meio de impugnação estudado neste e nos capítulos seguintes próximos.

A ação autônoma de impugnação é o instrumento de impugnação da decisão judicial, pelo qual se dá origem a um processo novo, cujo objetivo é o de atacar/

interferir em decisão judicial. Disti ngue-se do recurso exatamente porque não é veiculada no mesmo processo em que a decisão recon-ida fora proferida. São exemplos: a ação rescisória, a querela nullitatis, os embargos de terceiro, o mandado de segurança e o habeas corpus contra ato judicial e a reclamação constitucional.

Sucedâneo recursa! é todo meio de impugnação de decisão judicial que nem é recurso nem é ação autônoma de impugnação. Trata-se de categoria que engloba todas as outras formas de impugnação da decisão. São exemplos: pedido de 29. MENDONÇA JR., Delosmar. "A decisão monocrática do relator e o agravo imerno na teoria geral dos recursos", cit., p. 55-56.

reconsideração, pedido de suspensão da segmança (Lei Federal n. 8.437/1 992, art. 4º; Lei Federal n. 1 2. 0 1 6/2009, art. 1 5), a remessa necessária (CPC, art. 475) e a correição parcial.30

A expressão "sucedâneos recursais", introduzida por Frederico Marques,31 ora é utilizada para identificar o conjunto de meios não-recursais de impugnação (e aí estariam incluídas as ações autônomas de impugnação), ora é utilizada em

acepção restrita, para referir apenas aos meios de impugnação que nem são recurso nem são ação autônoma.

4. CLASSIFICAÇÃO

4. 1. Quanto à extensão da matéria: recurso parcial e recurso total O art. 505 do CPC está assim redigido: "A sentença pode ser impugnada no todo ou em parte". Onde se lê "sentença", leia-se "decisão".32

Recurso parcial é aquele que, em virtude de limitação voluntária, não compreende a totalidade do conteúdo impugnável da decisão.33 O recorrente decide ou não impugnar todos os capítulos recorríveis da decisão ou impugnar apenas uma parcela de um capítulo decisório. Os capítulos acessórios reputam-se incluídos no pedido recursai, se acaso o recorrente impugne o capítulo principal, mesmo que haja silêncio a respeito deles (p. ex.: se a parte recorre do montante principal, este recurso abrange os capítulos relacionados aos juros, à correção monetária e às verbas da sucumbência).34

O capítulo não impugnado fica acobertado pela preclusão - e, se se tratar de capítulo de mérito, ficará imutável por força da coisa julgada material. Assim, o tribunal, ao julgar o recurso parcial, não poderá adentrar o exame de qualquer aspecto relacionado ao capítulo não impugnado, nem mesmo para constatar a ausência de um "pressuposto processual" ou de uma condição da ação. Ao recorrente

"atTependido" da opção somente restará a ação rescisória.

30. A propósito, ASSIS, Arakcn de. "Introdução aos sucedâneos recursais". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de 0111ros meios de impugnação às decisõesjudiciais. Teresa Wambicr e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2002, v. 6, p. 1 7-19.

3 1 . instituições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1 960, v. 4, p. 377 e scgs.

32. MOREfRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de P1vcesso Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 352, nota 138.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1 1 5.

34. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 356. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. Capíwlos de sentença. São Paulo: Malheiros, 2002, passi111.

27

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNt-!A

"Por outro lado, quaisquer questões preliminares, embora comuns à parte impugnada e à parte não-impugnada da decisão, só com referência àquela podem

ser apreciadas pelo tribunal do recurso. Suponhamos, v g., que a sentença, repelindo a alegação de faltar ao autor legitimatio ad causam, condene o réu ao pagamento de x. Apela o vencido unicamente para pleitear a redução do quantum ay. Ainda que o órgão ad quem se convença da procedência da preliminar - que em princípio, como é óbvio, levaria à declaração da carência de ação quanto ao pedido todo

-, já não lhe será lícito pronunciá-la senão no que respeita a x-y, única parcela que, por força do recurso (e ressalvada a eventual incidência de regra com a do art. 475, nº 1, que torne obrigatória a revisão), se submete à cognição do juízo superior. No tocante à parcelay, que não é objeto da apelação - nem, por hipótese, se devolve necessariamente -, fica vedado ao tribunal exercer atividade cognitiva: o capítulo correspondente passou em julgado no primeiro grau de jurisdição".3l Recurso total é aquele que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida (não necessariamente o seu conteúdo integral, pois há decisões que têm o conteúdo impugnável resttingido pela lei, como acontece em relação aos embargos infringentes, quando, havendo divergência parcial, apenas esta matéria poderá constituir objeto do recurso36). Se o recorrente não especificar a parte em que impugna a decisão, entender-se-á total o recurso37•

Convém apontar o entendimento um pouco diverso de Cândido Dinamarco, para quem: "recurso integral é o que contém a impugnação de toda a decisão, em todos os seus capítulos, e portanto opera a devolução de toda matéria decidi- da; parcial, o que se refere somente a um, ou alguns dos capítulos de uma sentença, deixando sem impugnação o outro ou outros".38 A diferença é sutil, mas significativa: segundo a lição ele Barbosa Moreira, aqui seguida, o recurso é total quando o recorrente impugna toda a matéria impugnável, que pode não corresponder a toda a decisão.

Se o autor perde em relação a um pedido e ganha em relação a outro. eventual recurso que interponha, contra o capítulo em que se julgou improcedente um de seus pedidos, será total, pois abrangente de todo o conteúdo impugnável, sem que isso signifique que tenha impugnado toda a decisão.

4.2. Quanto à fundamentação: fundamentação livre e fundamentação vinculada Fundamentação livre. Recurso de fundamentação livre é aquele em que o recorrente está livre para, nas razões do seu recurso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isso tenha qualquer influência na sua 35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12

ed. cil., p. 357.

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, 23 cd. cit., p. 1 15.

37. MORETRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 353-354.

38. Capi111los de sentença. São Paulo: \1alheiros, 2002, p. 98.

admissibilidade. A causa de pedir recursai não está delimitada pela lei, podendo o recorrente impugnar a decisão alegando qualquer vício. Ex.: apelação, agravo, recurso ordinário e embargos infringentes.

Fundamentação vinculada. Nesse caso, a lei limita o tipo de crítica que se possa fazer contra a decisão impugnada. O recurso caracteriza-se por ter fundamentação típica. É preciso "encaixar" a fundamentação do recurso em um dos tipos legais. O recurso não pode ser utilizado para veicular qualquer espécie

de crítica à decisão recorrida.

Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente deve "alegar"

um dos vícios típicos para que o seu recurso seja admissível. Essa alegação é indispensável para que o recurso preencha o requisito da regularidade formal (abaixo examinado). Afirmado pelo recorrente um dos vícios que permitem a interposição do recurso, o recurso, por esse aspecto, deve ser conhecido; a verificação da procedência ou improcedência das alegações é um problema atinente ao juízo de mérito recursai. Assim, por exemplo: afirmada a omissão/

obscuridade/contradição na decisão recorrida, os embargos de declaração são cabíveis; saber se há o vício apontado diz respeito ao juízo sobre o acolhimento ou à rejeição deste recurso.

Além dos embargos de declaração, também são exemplos de recursos de fundamentação vinculada o especial e o extraordinário.

5. ATOS SUJEITOS A RECURSO E RECURSOS EM ESPÉCIE

5.1. Introdução - considerações sobre as mudanças feitas pela Lei Federal n.

1 1 .232/2005, em relação à definição dos pronunciamentos judiciais A nova redação do § l º do art. 1 62 do CPC, introduzida pela Lei Federal n.

1 1 .232/2005 ("sentença é o ato do juiz proferido conforme os arts. 267 e 269 desta Lei"), foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, tendo em vista que toda sentença de prestação (sentença que reconhece a existência de um direito a uma prestação), agora dá ensejo à execução imediata, sem necessidade de um outro processo (de execução) com esse objetivo. É por isso que também foi alterado o art. 463 do CPC, para retirar a menção que se fazia ao

"encerramento da atividade jurisdicional" com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Cuida o Código de Processo Civil, nos ru-tigos 267 e 269, das hipóteses de extinção do processo, sem e com julgamento do mérito, respectivamente. O legislador relaciona esses artigos à sentença, visto ser esse o ato que encerra o procedimento em primeira instância, conforme o texto do § 1 º do art. 1 62. A redação do Código leva ao entendimento de que toda decisão judicial, que tenha por conteúdo uma das hipóteses previstas nesses artigos, será urna sentença.

Não é bem assim, porém.

O conceito de sentença tem bastante relevância: é com base nele que se saberá, como já foi visto, qual o recurso cabível, pois, de acordo com o nosso código, da sentença cabe apelação (art. 513 do CPC) e da decisão interlocutória cabe agravo (art. 522 do CPC). Não se pode, a despeito da literalidade do texto normativo, identificar a "sentença" pelo seu respectivo conteúdo. Após essa alteração legislativa, é preciso compreender a sentença como o ato que encerra o procedimento nas fases de conhecimento ou de execução; a sentença encerra a primeira instância. O encerramento do procedimento fundar-se-á ora no art. 267, ora no art. 269 do CPC - isso é certo. Não há como retirar da noção de sentença - ao menos até que se reestruture o sistema recursai - a ideia de encerramento de instância.39

Note-se, ainda, que, antes dessa lei, há mais de dez anos, as sentenças que versavam sobre obrigação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta dinheiro também não encerravam o processo (arts. 461 e 461 -A, CPC), e nem por isso houve a necessidade de reforma do conceito legal de sentença previsto no § 1 º do art.

1 62 do CPC. Não consta que tenha havido qualquer problema prático na manipulação daquele conceito. ão havia dúvidas. Certamente impressionado com a remodelação da execução da sentença que determina pagamento de quantia, agora realizada como fase de um processo sincrético, o legislador reformista houve por bem redefinir o que é sentença. Não agiu bem, repita-se.

Há, ainda, duas observações importantes.

a) A sentença nem sempre encerrará toda a fase do procedimento, quer porque pode haver recurso, a prolongar a litispendência, quer porque, sendo demanda de competência originária de tribunal, o ato que porá fim ao procectimento será acórdão ou decisão de membro ele tribunal (decisão do relator que indefere a petição inicial de uma ação rescisória), e não sentença, decisão proferida em juízo singular. Obviamente, é possível designar toda e qualquer decisão judicial 39. Assim, iambém, GRECO, Leonardo. "Primeiros comentários sobre a reforma ela execução oriunda da Lei 1 1 .232/05". Texto gentilmente cedido pelo autor, a ser publicado na Revista Dialética de Direito Processual n. 36; ARAÚJO, José Henrique Mouta. "O cumprimento da sentença e a 3° etapa da reforma processual

- primeiras impressões". Revista ele Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 123, p.

156-158.

30

de "sentença" (sentença como sinônimo de decisão judicial), mas não é esse o sentido do § 1 ° do art. 1 62 do CPC, que se refere a uma determinada modalidade de decisão judicial, com o claro objetivo de organizar o sistema recursai.

b) Nem toda decisão que tiver por conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267

e 269 do CPC terá por efeito a extinção do procedimento. Alguns exemplos de decisões que aplicam os mencionados artigos e não encerram o procedimento: i) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso [do art. 267); ii) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV); iii) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 267, VI) etc.

São exemplos de decisão interlocutória, que podem, assim, ser impugnadas por agravo (art. 522 do CPC).

Essa constatação é a que mais nos preocupa: pela redação do § 1 º do art. l 62, sentença se define pelo seu conteúdo; sucede que o conteúdo que se diz próprio de sentença não lhe é exclusivo, pois, como visto, pode estar relacionado a uma decisão que não encerra o procedimento - e, portanto, não pode ser sentença.

O procedimento da apelação, recurso cabível contra sentença, foi estruturado a partir da premissa de que uma fase do procedimento encerrou-se. O do agravo, recurso contra decisão interlocutória, pressupõe que o procedimento continua em primeira instância. Uma interpretação literal do § 1 º do art. 1 62 poderia levar o aplicador a entender cabível uma apelação contra a decisão que indefere parcialmente a petição inicial, pois é decisão que se relaciona ao art. 267 do CPC - e, assim, seria sentença, portanto apelável (art. 5 1 3 do CPC). Quem tem um mínimo de experiência perceberá a inviabilidade da apelação em tais situações: como os autos poderão subir ao tribunal, se o procedimento ainda há de prosseguir para a solução do restante do objeto litigioso?

A alteração do § 1 ° do art. 1 62 do CPC não alterou o sistema recursai brasileiro.

É preciso que o intérprete perceba isso, caso contrário essa opção legislativa terá um grave efeito colateral de criar discussões jurisprudenciais/doutrinárias bizantinas acerca do recurso cabível contra essa ou aquela decisão, revivendo, agora como farsa, as célebres polêmicas doutrinárias havidas à época da vigência do CPC/39 - as quais Alfredo Buzaid tentou, com certo êxito, resolver no CPC/73.

Seria reh·ocesso de mais de trinta anos.

É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 267

e 269 não prevêem hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem estabelecem matérias que sejam exclusivas de sentença40, a despeito da 40. Adroaldo Furtado Fabrício denomina essas situações, em que o magistrado decide com base nos arts.

267 ou 269 do CPC, mas não extingue o processo, de extinção imprópria do processo. "Dizemo-la im-3 1

redação do § 1° do art. 162 do CPC. Os arts. 267 e 269 identificam o conteúdo de certas decisões judiciais, determi.nando quando se considera que há e não há exame do mérito da causa, o que é importante, do ponto de vista prático, para que se saiba se a decisão pode ou não pode ficar protegida pela coisa j ulgada. Somente as decisões de mérito ficam acobertadas pela coisa julgada. A nova redação do art. 269 do CPC corrobora essa assertiva ("Há resolução de mérito . . .). A nova redação do art. 267 do CPC, com a troca do "julgamento

"

de mérito" por "resolução de mérito", permanece, porém, com a referência à extinção do processo, o que, como vimos, nem sempre acontece. Perdeu-se a chance de corrigir, também, a redação do caput do art. 267, que assim deve ser lido: "Não há exame de mérito".

Feitas essas considerações, podemos estabelecer a correlação entre os tipos de pronunciamento judicial e os recursos cabíveis.

5.2. Sistematização

Somente as decisões judiciais podem ser alvo de recurso. Os despachos, atos não decisórios, são irrecorríveis (art. 504 do CPC). Também são i rrecorríveis os atos praticados pelo escrivão por conta de delegação do magistrado (CPC, art. 162,

§ 4°; CF/88, art. 93, XIV) tais atos podem ser revistos pelo próprio magistrado,

-

a partir de provocação feita nos autos, sem maiores formalidades.

As decisões que podem ser proferidas pelo juízo singular são a decisão interlocutório e a sentença. Será decisão interlocutório toda decisão que não encerrar o procedimento em pri meira instância; sentença é a decisão judicial que encerra o procedimento em primeira instância, ultimando a fase de conhecimento ou de execução.

Delosmar Mendonça Jr., em sua tese de doutoramento, defende uma terceira espécie de decisão proferida por juízo singular: a decisão que não recebe a apelação. Isso porque não se trata de sentença, já proferida, nem de interlocutória, já que tem aptidão para encerrar o procedimento, se não recorrida.

Embora não seja decisão interlocutória, trata-se de decisão impugnável por agravo de instrumento41. O raciocínio é coerente e útil; merece, portanto, o registro. A lição é útil, pois ajuda a compreender a razão pela qual, no processo do trabalho, a despeito de as decisões interlocutórias serem irrecorríveis, prevê-se o agravo de instrumento contra a decisão que, na origem, não admite o recurso ordinário própria porque a denominação não se ajusta ao conteúdo conceituai, nem se compatibiliza, do ponto de vista semântico, com a continuação do processo que aí ocorre. Extinção contém a ideia de encerramento, término, ponto final. E, ao caso, tal não se dá, pois o processo deve prosseguir sua marcha. Trata-se, pois, de extinção impropriamente dita - ou, mais simplesmente, extinção imprópria". ("Extinção 'imprópria'

do processo e recurso cabível". Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237).

4 1 . "A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos". Tese de doutoramento.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 133-138.

contra a sentença. Exatamente porque não se trata de decisão interlocutória, cabe recurso contra essa decisão. Do mesmo modo, a ideia de Delosmar Mendonça Jr. serve para defender a possibilidade de recurso contra a decisão que, nos Juizados Especiais Cíveis, em cujo procedimento não se admite a impugnação das interlocutórias, se admita o manejo de um recurso contra a decisão do juiz que não admitir o recurso inominado contra a sentença - evitando, com isso, soluções beterodoxas, como a que sugere a utilização de um "pedido dirigido à Turma Recursai" para que examine o recurso que fora inadmitido.

Em tribunal, as decisões podem ser classificadas a partir do órgão prolator.

São, então, unipessoais (chamadas, no jargão processual, de monocráticas) ou acórdãos (colegiadas). Ambas as decisões podem ou não encerrar o procedimento, não sendo esse o aspecto que as diferencia42; acórdãos e decisões unipessoais podem ser interlocutórios ou.finais As decisões uni pessoais podem

.

ser proferidas pelo relator ou pelo Presidente/Vice-Presidente do Tribunal, em causas que são da sua competência (como, p. ex., no pedido de suspensão de segurança). Por muito tempo, prevaleceu no STF o entendimento de que não cabia agravo regimental contra decisão de relator em liminar de mandado de segurança (n. 622 da súmula do STF). A questão agora está superada em razão do parágrafo único do art. 1 6 da Lei n. 1 2.016/2009, que expressamente admite o agravo regimental em tais situações.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, não se tem admitido o recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, salvo quando se tratar de provimento de urgência. Proferida decisão interlocutória, tem prevalecido o entendimento de ser incabível o agravo de instrumento, devendo sua impugnação ser feita nas razões do recurso da sentença. Nos Juizados Especiais Cíveis, a decisão interlocutória, na verdade, não é irrecorrível, como se costuma afirmar. Ela é, sim, recorrível. Só que a recorribilidade não é imediata, devendo a impugnação operar-se no recurso a ser interposto contra a sentença. Tanto isso é verdade que, não impugnada a decisão interlocutória no recurso da sentença, haverá preclusão, não podendo ser revista de ofício pela Turma Recursai, nem sendo possível à parte impugná-la posteriormente, a não ser que se trate de matéria de ordem pública, não suscetível de preclusão. Se, entretanto, houver necessidade de impugnação imediata, restaria a possibilidade do mandado de segurança. O

STF, entretanto, ao enfrentar esse assunto, reconheceu a repercussão geral da questão, entendendo não ser cabível, nem agravo de instrumento, nem mandado de segurança. Eis, a propósito, o teor da ementa do precedente: "EMENTA: R ECURSO EXTRAORDINÁ RIO. PROCESSO CIV I L . R E P E RCUSSÃO

GERAL RECONHECIDA. M A N DADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO.

DECISÃO LIMINAR NOS JU IZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099195. A RT.

5°, LY DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍ PIO CONSTITUCIONAL

DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. !. Não cabe mandado de 42. SOUZA, Bernardo P i mentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 200 l , p. 34.

33

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

segurança das decisões i nterlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, i narredável.

3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do insliluto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5°, LV da CB), vez que decisões inlerlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF. Pleno, RE 576.847, rei. Min. Eros Grau, j. 20.5.2009, Repercussão Geral - Mérito, DJe-148 divulg 6.8.2009 public 7.8.2009).

Esse entendimento manifestado pelo STF está, em princípio, correto. Não parece adequada essa conclusão a que chegou o STF, porém, nos casos de extrema urgência ou de grave lesão. Em tais hipóteses, há de ser admitido o agravo de instrnmento ou, até mesmo, o mandado de segurança, sob pena de ofensa à garantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional.

Consoante já restou acentuado, os despachos são, na dicção do art. 504 do CPC, irrecoITíveis. Doutrina e jw·isprudência vêm admitindo, entretanto, o agravo de instrumento contra despacho, quando dele resultar algum prejuízo para a parte.

Significa, então, que o agravo de instrumento contra despacho de mero expediente depende da presença de prejuízo. Em outras palavras, o prejuízo desponta, nesse caso, como requisito de admissibilidade para o agravo. É comum, contudo, em casos da espécie haver decisões de tribunais que não conhecem do agravo, em razão da ausência de prejuízo. Nessa hipótese, há sobreposição do juízo de mérito frente ao de admissibilidade. De fato, para que seja conhecido o agravo de instrumento, basta que se alegue o prejuízo ocasionado pelo despacho. Se efetivamente bá o prejuízo, aí a questão já passa a ser de mérito. Então, alegado o prejuízo, deve o recurso ser conhecido. Se há ou não o prejuízo, tal circw1stâ.ncia será decisiva para, respectivamente, o provimento ou não do agravo. Nesse caso, deve o despacho, então, ser considerado como uma decisão interlocutória, h·ansmudando de natureza e passando a ser recorrível.

Os embargos de declaração cabem contra qualquer decisão. O STF, entretanto,

possui reiteradas decisões no sentido de não admifü embargos de declaração contra decisão de relator, ao fundamento de que o recurso cabível seria o agravo regimental (agravo interno)43. De todo modo, opostos embargos de declaração, estes são recebidos como agravo regimental, mercê da aplicação do princípio da fungibilidade44.

43. ADln 1 .989-DF, rei. Min. Moreira Alves, 1 0.6.99, Informativo n. 152 do STF.

44. Acórdão não unânime da 2' Turnia do STF, AI 278.549 ED/SP, rei. Min. Celso de Mello, j. 21/1 1 12000, DJde 30/03/200 1 , p. 1 1 3 .



cra rá ç (irr rr

TEORIA DOS RECURSOS

Dito isso, eis a sistematização:

PRON UNCIAMENTOS JUDICIAIS RECORRÍVEIS

Agravo de instrumento (art. 522 do CPC)

- Agravo de instrumento e agravo retido (art. 522 do CPC);

V>

. - Recurso ordinário constitucional (art. 539, 11, p. ún., do CPC,

·Ô

c/c art. 105 l i "e" CF/88);

....

:; - Agravo contra decisões que versam sobre tutela de urgência

.'2

u

6'n

(art. 5º ela Lei nº 1 0.259/2001 , Juizados Especiais Federais);

"

art. 4° da Lei nº 1 2 . 153/2009, Juizados Estaduais da fazenda

·;;;

Pública);

o

-

'"

Apelação (scgw1do o art. 17 da Lei n. 1 .060/50, cabe ape

:::i

...,

·:::;;

'ü

lação da decisão que aplique a referida lei, nada obstante se Q)

refira a hipóteses em que normalmente M uma decisão intero

locutória).

- Recurso extraordinário em execução fiscal até 50 OTN

(súmula do STF, n. 640)

:q - Apelação;

" - Recurso inominado (art. 4 1 da Lei Federal n. 9.099/1995);

- Recurso ordinário constitucional

V>

'"

.,

(/)

(art. 539, li, do CPC, c/c art 105, li, "c". CF/88);

'º

V)

- Embargos infringentes de alçada (art. 34 da Lei n. 6.830/J 980);

'ü

Q)

o

- Agravo de instrumento (art. J 00, Lei n. 1 1 . 1 O1/2005); 1 . Do relator:

- Decisões interlocut6rias - agravo interno/agravinho/agravo regimental.

V)

'"

- Decisões finais - agravo interno/agravinho/ agravo regiu

·z:

mental (Exs.: arts. 120, par. (111., 532, 557, § Iº, 545, todos do CPC, e o art. 39 da Lei n. 8.038/J 990).

o

§ 2. Do presidente/vice-presidente do tribunal:

E

- Agravo do art. 544 do CPC;

ri

'o

- Agravo no pedido de suspensão de segurança

'"

'ü

"

(art. 4°, § 3°, da Lei n. 8.43711992);

o

- Agravo no pedido de homologação de sentença estrangeira

(art. 222, p. único, R1STF, aplicável por analogia no STJ);

-Agravo interno (art. 39 da Lei Federal n. 8.038/1 990).

- Embargos infringentes;

<l - Recmso especial;

 - Recurso extraordinário (exceção, súmula do STF, n. 735:

•0

acórdão que defere medida liminar);

..'.;'. - Recurso ordinário constitucional

(an. 102, li, "a", e art. 1 05, 11, "b", CF/88);

- Embargos de divergcncia.

d ·

..e >

u ·-

"' t:

o. o

V) u

"' .,

o

35



S

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Obs.: Os embargos de declaração podem ser opostos contra qualquer tipo de pronunciamento judicial.

6. DESISTÊNCIA DO RECURSO

O recurso é urna demanda e, nessa qualidade, pode ser revogada pelo recorrente. A revogação do recurso chama-se desistência45• A desistência do recurso pode

ser parcial ou total, e pode ocorrer até o início do julgamento46 (até a prolação do voto)47. O recorrente pode desistir por escrito ou em sustentação oral48• Não comporta condição nem termo49. Trata-se de ato dispositivo que independe de consentimento da parte adversária (CPC, art. 5 0 1) e de homologação judicial para a produção de efeitos. E isso porque os atos praticados pelas partes produzem efeitos imediatos (CPC, art. 1 58), somente necessitando de homologação para produzir efeitos a desistência da ação (CPC, art. 1 58, parágrafo único), e não a desistência do recurso. Esta, como visto, independe de homologação.

"A desnecessidade da homologação judicial não significa exclusão de Ioda e qualquer atuação do juiz (ou do tribunal). É óbvio que este há de conhecer do ato e exercer sobre ele o normal controle sobre os atos processuais em geral. (. . .) aqui, toda a eficácia remonta à desistência, cabendo tão-só ao juiz ou ao tribunal apurar se a manifestação de vontade foi regular e - através de pronunciamento meramente declaralório - certificar os efeitos já operados".5º

No Recurso Especial n. 1 .308.830/RS, o recorrente desistiu de seu recurso após sua inclusão em pauta e na véspera ele seu julgamento. A Ministra Nancy Andrighi, relatora, apresentou questão ele ordem para "indeferir" o "pedido" de desistência do recorrente.

45. Equiparando a desistência do recur o a um ato de revogação, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 33 1 .

46. E m sentido diverso, aceitando homologar a desistência ao fundamento de que é possível desistir do recurso até que se termine o julgamento, decisão na Questão de Ordem no REsp 556.685-PR, rei. Min. Cesar As for Rocha, j. em 1 1 .2.2004.

47. O STF não admitiu a desistência de recurso extraordinário, após ter sido prolatada decisão, mesmo que ainda não publicada (AgReg no RE 212.671-3, 1• T., rei. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJ de 17.10.2003, p. 20). Curiosamente, uma semana após esse julgamento, o mesmo ministro acolheu a desistência do mandado de segurança em sede de recurso extraordinário (RE 287.978,j. em 09.09.2003).

Nesse último julgamento, o Min. Marco Aurélio foi vencido, mas trouxe

argumento valioso a favor da tese aqui defendida: aceitar a desistência da causa após a decisão é conferir ao pedido de homologação da revogação da demanda caráter rescisório.

48. MOREJ RA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed. cit., p. 3 3 1 .

49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed. cit., p. 33 1 .

50. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 333.

Em sua decisão, a Ministra Nancy Andrighi invoca razões de ordem pública, a afirmar que, embora seja direito da parte desistir do recurso, há interesse público na definição da tese a ser adotada no caso, que pode repercutir para diversas outras hipóteses. Apoiando-se no quanto decidido na Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1 .063.343/RS, afirma que o STJ já decidiu que, quando adotada a técnica de julgamento do art. 543-C do CPC, não se deve admitir a desistência, seguindo-se com o recurso para que seja firmada a tese a ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais. Embora o caso não estivesse submetido ao

procedimento do art. 543-C

do CPC, a ideia de conferir primazia à função paradigmática do STJ é a mesma, não se permitindo desistências de recursos em casos de grande importância, sob pena de se permitirem manipulações, com escolhas de relator ou turma a ficar incumbido do julgamento do caso.

Não concordamos com a decisão.

E111 primeiro lugm; porque a desistência não se pede. Não há pedido de desistência do recurso. A parte simplesmente desiste do recurso. Desistir de um recurso é revogá

-lo. Uma vez formulada a desistência, seus efeitos são imediatamente produzidos, nos termos do art. 158 do CPC. Somente a desistência da ação é que depende de homologação judicial (CPC, art. 1 58, parágrafo único), mas a do recurso opera efeitos imediatos (CPC, art. 1 58,caput). Se não há pedido, não há como ser acolhido ou rejeitado. Quando a parte desiste de seu recurso, este deixa de existir, pois foi revogado. Não há mais como ser julgado. É ineficaz o julgamento.

E111 segundo luga1; a decisão o STJ que "indeferiu" o "pedido" de desistência pressupõe a má fé, quando o pressuposto deve sempre ser a boa fé. A parte tem direito de desistir, não devendo pressupor que essa sua manifestação de vontade tem subjacente alguma intenção escusa ou indevida.

Em terceiro lugm; a decisão é contraditória, pois, de um lado, afimrn que o STJ tem a função paradigmática de fim1ar a orientação jurídica em matéria infraconstitucional, mas, por outro lado, funda-se no risco de "escolhas" de relator ou turma específica a ficar responsável pelo julgamento, subtrnindo de outros órgãos a possibilidade de se manifestar sobre o caso. Ora, esta última afirmação não é compatível com a necessidade de uniformidade no entendimento interno do STJ. Se ao STJ cabe finnar a orientação em assuntos de matéria infraconstitucional e uniformizar o entendimento nacional, o que vier a ser julgado, qualquer que seja o órgão julgador, haverá de ser seguido por todos. Ademais, o caso revela que haveria cerca de 200

(duzentos) recursos sobre o tema, devendo, então, ser adotado o procedimento do art. 543-C do CPC, e não "indeferido" o "pedido" de desistência do recurso especial.

Em quarto lugar, no caso concreto, houve acordo antes do julgamento. Com o acordo, que em momento algum foi inquinado de defeituoso, o mérito da causa já estava resolvido. Não bavia mais o que ser julgado. A decisão, por isso, ofendeu o direito ao autorregramento da vontade, corolário da liberdade. É, neste sentido, inconstitucional.

Na verdade, o STJ deixou confessadamente de aplicar o disposto no art. 501 do CPC.

Para afastar o dispositivo, deveria ter sido indicada alguma inconstitucionalidade.

E, para isso, o caso haveria de ser submetido à Corte Especial. Não foi, entretanto, o que ocorreu. A decisão, enfim, merece a nossa lamentação.

FREDIE DtolER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

A desistência pressupõe recurso já interposto; se o recurso ainda não foi interposto, e o interessado manifesta vontade de não interpô-lo, o caso é de renúncia.

A desistência é conduta determinante (determina resultado desfavorável a quem a pratica) e, como tal, somente produz efeitos em relação ao recorrente.

Em caso de l itisconsórcio unitário, a desistência do recurso somente é eficaz se todos os litisconsortes desistirem51 •

O procedimento recursai extingue-se em razão da desistência. Não se trata de extinção por inadmissibilidade, mas, sim, pela revogação do recurso52• A desistência não extingue o procedimento recursai se houver outro recurso pendente de análise; o procedimento deve prosseguir, agora com objeto litigioso menor.

Também não haverá extinção do procedimento recursai no caso de desistência parcial. Nem sempre há extinção do processo após a desistência do recurso, como acontece nos casos de desistência do agravo de instrumento, por exemplo.

A desistência impede uma nova interposição do recurso de que se desistiu, mesmo se ainda dentro do prazo53. Esse recurso, uma vez renovado, será considerado inadmissível, pois a desistência é fato impeditivo que, uma vez verificado, implica inadmissibilidade do procedimento recursai. Perceba, então, a diferença: a desistência não extingue o procedimento recursai por inadmissibilidade, mas, uma vez interposto novamente o recurso revogado, esse novo procedimento recursai, e não o primeiro, será havido por inadmissível.

O poder de desistir do recurso é especial e deve constar expressamente na procuração outorgada ao advogado (art. 38 do CPC)54. Se a desistência implicar a extinção do processo, com decisão de mérito desfavorável ao recorrente (desistência da apelação contra sentença de mérito, p. ex.), além do poder de desistir ao advogado deve ter sido outorgado, também, o poder de disposição do direito material discutido (transigir), sem o qual a desistência, nesse caso, será ineficaz em relação ao suposto representado.

5 1 . MOR.EIRA. José Carlos Barbosa. Co111e11tários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 337.

52. ·'A desistência não torna inadmissível o recurso: toma-o inexistente,. (MOREIRA, José Carlos Barbosa.

O nom processo civil brasileiro 23 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 126.).

53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ecl. cit., p. 334.

54. Interessante esse julgado do STJ .. A exigência de que os poderes especiais sejam expressamente referidos na procuração pode se justificar quando passada por pessoa fisica, presumivelmente desatenta às consequências da rcrnissiio a uma norma legal; tratando-se de empresa ele grande porte, cujos administradores são sabidamente assessorados por advogados, é bastante a procuração que confere os poderes 'excetuados no anigo 38 do Código de Processo Civil"". (STJ, 3' T., Resp n. 341 .451/MA, rei. Min Ari Pargendler. j.

1 5.05.2003, publicado no DJ de 04.08.2003, p. 292).



TEORIA DOS RECUKSOS

O que foi dito sobre a desistência do processo (conferir o v. 1 deste curso) aplica-se por analogia à desistência do recurso. Mas convém frisar que não se confundem. A desistência do processo extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do

processo. A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 158, par. ún., CPC), o que não acontece na desistência do recurso. A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, § 4°, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 501 do CPC).

Desistência do processo

Desistência do recurso

- Extingue o processo sem resolução do mérito

- Pode implicar extinção do processo com

(art. 267, VIII, CPC);

julgamento do mérito ou sem julgamento do

mérito; pode não implicar a extinção do pro-

cesso, como no caso de uma desistência de um

agravo de instrumento;

- Precisa ser homologada pelo magistrado (ar!.

- Dispensa homologação (arl. 501 do CPC);

1 58, par. ún., CPC);

- Depende do consentimento do réu, se j á - Independe d e anuência d o recorrido (ar!.

houve resposta (art. 267, § 4°, do CPC);

501 do CPC);

- Requer poder especial do advogado.

- Também requer poder especial, quando

implicar a extinção do processo; mas o poder

especial será de disposição de direito material

(renúncia ou reconhecimento), quando houver

extinção do processo com análise do mérito.

Como demonstrado no capítulo relativo a recursos extraordinário e especial, esses, quando têm por objeto uma questão repetitiva em várias causas, serão submetidos à técnica de julgamento dos arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC. Significa que, em casos repetitivos, um ou alguns dos recursos são escolhidos para j ulgamento pelo STF ou STJ, ficando os demais sobrestados, no aguardo de tal j ulgamento. É o que se chama, aqui neste Curso. de julgamento por amostragem. Realizado o julgamento pelo STF ou STJ, os demais recursos devem ter o mesmo destino daquele que foi destacado para julgamento.

Se, selecionado um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou ST 1, pode o recorrente desistir dele? Em outras palavras, é eficaz a desistência de recurso destacado, por amostragem, para julgamento? A desistência do recurso, como se viu, produz efeitos imediatos (CPC, art. 158), não necessitando de homologação judicial, nem de concordância da parte contrária (CPC, 39

art. 501). É dizer: não se pode, em princípio, rejeitar a desistência, pois não se pede a desistência; simplesmente se desiste e a desistência produz efeitos imediatos.

Há, contudo, um detalhe a ser observado.

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial

e não se confunde com o procedimento principal recursai, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursai, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma fonna que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo).

O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhaDte ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.

Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento recursai, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela produz efeitos imediatos, não dependendo de concordância da outra parte, nem de autorização ou homologação judicial. Ademais, a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, ou se celebre um negócio jurídico, ou por qualquer outro motivo legítimo, que não necessita ser declinado ou justificado. Demais disso, o procedimento recursai é, como se sabe, orieDtado pelo prillcípio dispositivo.

Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para defioição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior.

Em suma, a desistência não impede o julgamento, com a definição da tese a ser adotada pelo tribunal superior, mas tal julgamento não atinge o recorrente que desistiu, servindo, apenas, para estabelecer o entendimento do tribuirnl, a influenciar e repercutir nos outros recursos que ficaram sobrestados.

Em detenninada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ

dois casos, contidos nos REsp l .058. L 14 e REsp 1 .063.343. Em tais casos, o recorrente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência. Em tais casos, o STJ

rejeitou a desistência do recurso, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado, como visto, entender que há revogação do recurso, pela desistência, mas deve realizar o julgamento ao tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.

Por fim, estão incorretas as expressões "pedir desistência" e "pedido de desistência". Não se pede a desistência; desiste-se.

40

TEORIA DOS RECURSOS

7. REN ÚNCIA AO D IREITO DE RECORRER E AQUIESCÊNCIA À DECISÃO

"A renúncia ao direito de recorrer é o ato pelo qual urna pessoa manifesta a vontade de não interpor o recurso de que poderia valer-se contra determinada decisão"55. Independe da aceitação da outra parte (a1i. 502, CPC). Não se admite renúncia a termo ou sob condição. A renúncia é sempre anterior à interposição do recurso, mas não se admite a renúncia antes do momento em que o direito de recorrer seria exercitável - não se admüe renúncia anterior à prolação da decisão que poderia ser impugnada56.

É possível que se renuncie ao direito de recorrer de fonna independente, reservando-se o direito de interpor recurso adesivo57 (ver mais à frente item sobre recurso adesivo). Ou seja: é possível que a parte renuncie apenas ao direito de recorrer independentemente, sem que o faça em relação ao direito de recorrer adesivamente. Havendo litisconsórcio unitário, a renúncia somente será eficaz se todos os litisconsortes a ela anuírem.

Se, após a renúncia, o recurso for interposto, será considerado inadmissível, pois a renúncia é fato extintivo do direito de recorrer.

Não se confunde a renúncia com a aceitação ou aquiescência à decisão, embora ambas importem inadmissibilidade de recurso eventualmente i nterposto. A aceitação é o ato por que alguém manifesta a vontade de conformar-se com a decisão proferida. Pode ser por escrito ou tácita. A aceitação tácita consiste na prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer (CPC, art. 503, parágrafo único), p. ex., pedido de prazo para cumprir a condenação ou o cumprimento espontâneo de sentença ainda não exequível.58 Não se configura como aceitação o cumprimento forçado de uma decisão liminar, o que não impede o direito de i nterpor o recurso adequado (agravo de instrwnento, p. ex.), justamente porque a parte tem o dever de cumprir, com exatidão, os provimentos mandarnentais e o de não criar embaraços à efetivação de provimentos finais ou antecipatórios (CPC, art. 1 4, V).

55. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cil., p. 339.

56. "Renunciar ao direito de recorrer antes de proferida a decisão é renunciar a um direito que ainda não se tem e, a rigor, nem sequer se sabe se nascerá - o que depende, como é intuitivo, do sentido em que venha a pronunciar-se o órgão judicial" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111en1ários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 342.).

57. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 343-344.

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. l I ed. cit., p. 346.

H avendo litisconsórcio unitário, para que a aceitação seja eficaz, todos os litisconsortes unitários devem com portar-se nesse sentido.

Admite-se aceitação parcial ou total. A aquiescência pode ocorrer antes ou depois do recurso interposto59• Embora o texto fale apenas em parte, também o terceiro pode aquiescer com a decisão60.

A aceitação e a renúncia implicam preclusão lógica do direito de recorrer.

8. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E J UÍZO DE MÉRITO DO RECURSO

8 . 1 . Juízo de admissibilidade e juízo ele mérito: distinção O juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos.

Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento61 •

É muito importante perceber esse aspecto, pois, sendo o juízo de admissibilidade um juízo sobre a validade do procedimento, a ele deve ser aplicado todo o sistema das invalidades processuais, construído exaiamente para que invalidades não sejam decretadas - embora se reconheça que, para evitar chicanas processuais e para que não se comprometa demasiadamente a celeridade processual, a possibilidade de correção dos defeitos em âmbito recursai deva ser minimizada, mas não eliminada.

Eis algumas aplicações.

O próprio princípio da fungibilidade é uma manifestação clara de que ao juízo de admissibilidade dos recursos deve ser aplicado o sistema das invalidades. Na verdade, o princípio da fungibilidade é a aplicação, no processo, da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro, inclusive em nível legislativo. Em outras palavras, o princípio da fungibilidade constitui derivação do princípio da instrumentalidade das formas.

Há decisões, ainda, que admitem a correção de defeitos do instrumento do recurso, embora tal comportamento seja raro62.

59. MORElRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 346. Em sentido diverso, SOUZA, Bernardo Pimentel. introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3 ed. cit., p.

55-56.

60. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111ários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 346.

6 1 . Relacionando a admissibilidade ao procedimento, ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil.

Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, l. 2, p. 45.

62. Correto está, nesse sentido, o entendimento unânime da 2' Turma do STJ, em julgamento de agravo regimental interposto de decisão que não conheceu de agravo de instrnmento diante da inexistência de assinatura do advogado na petição do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora: "A flexibilização no tratamento das normas formais visa sempre salvar o direito material, quando não houver para a outra parte prejuízo c puder o ato atingir a sua finalidade. (. . .). Pessoalmente, tenho entendido que está em descompasso com a tendência processual da flexibilização a rigidez no tratamento que se dá ao agravo de instrumento a qual, embora tenha por escopo diminuir o número de processos, contém em seu bojo uma punição ao advogado que se descura de uma filigrana processual. (. . .). Assim, a rigidez a ninguém aproveita, senão a um tratamento que se distancia da regra de ouro inserida no princípio de que 42

TEORIA DOS RECURSOS

No capítulo sobre o agravo, o tema será abordado com mais exemplos.

A aplicação do parágrafo único do art. 526 do CPC também deve pautar-se nesta premissa, confom1e será visto no capítulo sobre o agravo.

Todo procedimento judicial instaura-se por um ato postula tório, normalmente de iniciativa das partes - mas nem sempre, pois há procedimentos que nascem por provocação de terceiro (as intervenções de terceiro e os embargos de terceiro, e.

g.) e até mesmo em decorrência da atividade oficiosa (incidente de declaração de inconstitucionalidade em tribunal, o conflito de competência e o incidente de uniformização de jurisprudência). Não se chega ao juízo sobre o que se postulou Uuízo de mérito) sem contraditório, que se desenvolve por um procedimento (conjunto de atos) - a menos que a conclusão de mérito seja desfavorável ao postulante, hipótese em que a integração da outra parte ao contraditório seria desnecessária.

Bem pensado o tema, portanto, percebe-se que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento. O exame da validade do ato postulatório é, afortiori, o exame da validade do próprio procedimento, de que faz parte. A peculiaridade consiste apenas na circunstância de ser o primeiro ato, que, uma vez invalidado, implicará a nulificação do procedimento ab ovo.

É impo1tante ressaltar, também, que essas considerações valem para qualquer procedimento ou ato postulatório. O que aqui se diz aplica-se a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursai, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denunciação da lide, conflito de competência, exceções instrumentais etc.). Juízo de admissibilidade é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento63•

Feitas essas observações prévias, a explanação pode prosseguir.

a instrumentalidacle das fomrns não pode sacrificar o direito maior a quem serve o processo". Com tais considerações, foi dado provimento ao agravo regimental para prover o agravo ele instrumento nº 688.689-SP, rei. Min. Eliana Calmon,j. 27.06.2006, detem1inando a subida do recurso especial para melhor exame.

Precedente citado: AgRg no Ag 680.480-SP, DJ 05.05.2006.

63. Os requisitos de admissibilidade dos recursos costumam ser relacionados com os requisitos ele admissibilidade do processo. Ver, com amplas referências bibliográficas, inclusive da doutrina estrangeira, NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 255, especialmente a nota 140; JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43, especialmente a nota 1 . Admitindo que se possa estabelecer "certa correspondência" entre os requisitos de admissibilidade da causa e os do recurso,

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comenlários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 262.

43

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica

-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula. O primeiro exame "tem prioridade lógica, pois tal atividade [análise do conteúdo da postulação] só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício".64 No juízo de admissibilidade, verifica-se a existência dos requisitos de admissibilidade.

Distingue-se do juízo de mérito, que é aquele "em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta admissível ou inadmissível; no segundo, procedente ou improcedente ".65 Por isso que se fala em admissibilidade do recurso, da petição inicial, da denunciação da hde etc.

O juízo de admissibilidade é sempre preliminar ao juízo de mérito: a solução do primeiro determinará se o mérito será ou não examinado.

8.2. GeneraHdades sobre o juízo de admissibilidade

O juízo de admissibilidade pode ser positivo ou negativo. É positivo quando se conhece ou se admite o recurso, passando-se a examinar seu mérito. É, por sua vez, negativo quando não se admite ou conJ1ece do recurso, deixando-se de analisar seu mérito. O juízo de admissibilidade pode, ainda, ser provisó1io ou definitivo. Muitas vezes, o recurso é interposto perante o órgão a quo, que exerce o juízo provisório de admissibilidade. Já o órgão ad quem exerce o juízo definitivo de admissibilidade. Em regra, o juízo provisório negativo é passível de recurso, enquanto o juízo provisório positivo é irrecorrível, exatamente porque, recebido o recurso, ele será remetido ao órgão ad quem que irá exercer o juízo definitivo de admissibilidade. Logo, não é necessário qualquer recurso contra o j uízo provisório positivo de admissibilidade, eis que será, necessariamente, exercido pelo órgão ad quem o juízo definitivo.

Quando o órgão judiciário reputa inadmissível um recurso, diz-se que ele não o conheceu ou não o admitiu.

64. MOREfRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 260. O texto entre colchetes não consta do original.

65. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil,

cit., p. 2 6 1 . "Asi hablamos no de demanda válida, si cumple las formalidades, siuo admisible". (VESCOVI, Enrique. Teoría general dei proceso. 2 ed. Bogotá: Editorial Tem is, 1999, p. 222).

44

TEORIA DOS RECURSOS

Em razão da semelhança com os requisitos de admissibilidade do processo j á apontada, as questões relativas ao juízo de admissibilidade podem, em regra, ser

conhecidas e decididas de ofício pelo órgão judiciário - excetua-se a não

-comprovação da interposição do agravo de i nstrumento (CPC, art. 526, parágrafo único), que somente poderá levar ao juízo de inadmissibilidade se houver provocação do agravado.

Em regra, reconhece-se ao órgão perante o qual se interpõe o recurso a competência para verificar-lhe a admissibilidade; nega-se-lhe competência, ao contrário, para examinar-lhe o mérito. É importante frisar que, ressalvado o caso do agravo de instrumento (CPC, arts. 524 a 527), os recursos são interpostos perante o órgão que proferiu a decisão recorrida. Assim, o j uízo a quo (aquele que proferiu a decisão recorrida) e o juízo ad quem (que j ulgará o recurso) têm competência para fazer o juízo de admissibilidade, com exceção do agravo retido (CPC, art. 523), do agravo de instrumento contra decisão do j u iz de primeira i nstância (CPC, arts. 524 a 527) e do agravo contra denegação de recursos especial ou extraordinário (CPC, art. 544): nesses casos, o juízo de admissibilidade somente é exercido pelo órgão ad quem. A verificação feita pelo primeiro órgão concerne apenas à existência dos requisitos no momento da interposição do recurso. Escapam a tal controle as causas de inadmissibilidade supervenientes ao recebimento do recurso cujo exame fica reservado ao órgão ad quem.

Cabe observar que, no âmbito do tribunal, o juízo de admissibilidade pode ser feito pelo relator do recurso, contra cuj a decisão de inadmissibilidade caberá o recurso de agravo interno (art. 557, § 1 °, CPC), que submete ao órgão colegiado a apreciação da admissibilidade do recurso não-conhecido.

O juízo de admissibilidade, entretanto, não será subtraído à apreciação do juízo ad quem: sempre caberá recurso da decisão do juízo a quo que não conhecer de um recurso perante ele interposto - para exemplificar, a1is. 522 e 544, ambos do CPC.

Se, no juízo de admissibilidade, restar evidente que o recurso não é cabível, sendo, aliás, protelatório, caberá a fixação de uma multa, destinada a punir a conduta desleal da pm'te (CPC, art. 1 7). Tal multa somente pode ser imposta pelo órgão que exerce o juízo definitivo de admissibilidade, não sendo possível de ser aplicada pelo órgão que exerce o j uízo provisório de admissibilidade. Em outras palavras, o juízo a quo, que exerce o exame provisório de admissibilidade, não dispõe de competência para reconhecer o caráter protelatório do recurso e

aplicar multa ao recorrente. A aplicaçã.o de multa pelo juízo a quo invade competência do j uízo a quem. Nesse sentido, conferir o j ulgamento proferido pelo STF no Al 414.648

45



N

ED-AgR/RS e no AJ 4 1 7 .007 ED-AgR/SP, ambos da relatoria do M inistro Joaquim Barbosa (Informativo STF nº 452, de 1 1 a 1 5 de dezembro de 2006).

8.3. Objeto do juízo de admissibilidade

8.3.1. Consideração introdutória

O objeto do juízo de admissibi lidade dos recursos é composto dos chamados requisitos de admissibilidade, que se classificam em dois grupos: a) requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer): cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer66; b) requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercício do direito de recon-er): preparo, tempestividade e regularidade formal.

Essa sistematização, bastante consagrada na doutrina brasileira, é de José Carlos Barbosa Moreira.

Talvez fosse mais adequado posicionar a "tempestividade" como requisito intrínseco do recurso. A perda do prazo significa, rigorosamente, a preclusão do direito de recorrer; ou seja: a perda do prazo relaciona-se com a existência do diJeito de recorrer, e não com o exercício desse mesmo direito. A questão, porém, não tem muita importância prática, e, em razão disso, por uma opção didática, esse Curso apresentará os requisitos de admissibilidade dos recursos seguindo a tradicional sistematização. Fica, então, tão-somente, essa observação, para a reflexão dos mais doutos.

8.3.2. Cabimento. Princípio da fungibilidade. Regras da singularidade e da taxatividade dos recursos

É preciso que o ato impugnado seja suscetível, em tese, de ataque. N o exame do cabimento, devem ser respondidas duas perguntas: a) a decisão é, em tese, recorrível? b) qual o recurso cabível contra esta decisão? Se se interpõe o recurso adequado contra uma decisão reco1Tível, vence-se esse requisito intrínseco de admissibilidade recursai. Em suma, o cabimento desdobra-se em dois elementos: a previsão legal do recurso e sua adequação: previsto o recmso em lei, cumpre verificar se ele é adequado a combater aquele tipo de decisão. Se for positiva a resposta, revela-se, então, cabível o recurso.

A doutrina costuma identificar três "princípios" do sistema recursai brasileiro correlatos ao estudo do cabimento: fungibilidade, unirrecorribilidade 66. Alguns autores, como Nelson ery Jr., colocam a "inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer" como requisito "extrínseco" de admissibilidade do recurso (Teoria geral dos recursos. 6 ed.

São Paulo: RT, 2004, p. 274.).

46

(singularidade) e taxatividade. Rigorosamente, princípio é, apenas, o da fungibilidade. A singularidade e a taxatividade dos recursos são regras extraídas do direito processual civil brasileiro.

8.3.2.1. Princípio da fungibilidade dos recursos

É aquele pelo qual se pem1ite a conversão de um recurso em outro, no caso de equívoco da parte, desde que não houvesse eJTo grosseiro ou não tenJ1a precluído o prazo para a interposição. Trata-se de aplicação específica do princípio da instrumentalidade das formas.

O CPC/39 continha norma expressa neste sentido (art. 8 10)67.

À luz das diretrizes que informam o CPC, sobretudo em matéria de nulidade dos atos processuais, a despeito da inexistência de regra expressa, deve entender

-se aplicável tal princípio68.

Atualmente, trazem os doutrinadores os seguintes pressupostos para a aplica

ção do princípio da fungibilidade: a) "Dúvida objetiva ": não obstante a expressão um pouco equívoca, pois dúvida é sempre subjetiva, significa que é necessário existir uma dúvida razoavelmente aceita, a partir de elementos objetivos, como a equivocidade de texto da lei (sentença incidente do art. 325 do CPC; art. 1 7

da Lei de Assistência Judiciária) ou as divergências doutrinárias (indeferimento liminar da reconvenção, p. ex.); b) Inexistência de erro grosseiro: fala-se em erro grosseiro quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, pois não há qualquer controvérsia sobre o tema (ou seja, não será grosseiro o erro quando houver dúvida razoável sobre o cabimento do recurso,69•70 c) Observância do prazo: o recurso interposto há que respeitar o prazo daquele que deveria ter sido - não se reputa correta a exigência deste pressuposto, pois as situações de dúvida podem envolver recursos com prazos diferentes (agravo de instrumento e apelação, por 67. "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento."

68. Confrontando a fungibilidade dos recursos com o regime elas invalidades em direito público, notadamente no direito administrativo, e considerando-a espécie ele "conversão", WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

Nulidades do processo e da senrença, 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 158. Também relacionando fungibilidade dos recursos com o sistema das invalidades processuais, THEODORO Jr., Humberto. "Teoria geral dos recursos civis". O processo civil no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1 999, p. 169.

69. Enunciado n. 272 ela súmula da jurisprudência do STF: "Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança."

70. Na verdade, inexistência de erro grosseiro e a existência de "dúvida objetiva" são as duas faces de uma mesma moeda. Poder-se-ia dizer, em resumo, que o requisito para a aplicação da fungibilidade seria um só: a existência de "dúvida objetiva'", pois havendo tal dúvida não há erro grosseiro; não havendo a dúvida, haverá erro grosseiro.

exemplo), quando, então, o respeito ao prazo seria imposição que esvaziaria a utilidade do princípio.

V ENTA (Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada) 1: "Continua vigorante em nosso direito processual civil o princípio da fungibilidade dos recursos, inaplicável, todavia, em caso de en·o grosseiro e excesso do prazo previsto para o recurso cabível."

VI ENTA 55: "Admite-se a fungibilidade dos recursos desde que inocorrente o erro grosseiro. Jnexiste este quando há acent11ada divergência doutrinário-jurisprudencial sobre qual seria o recurso próprio."

Não é, enfim, correta a exigência de observância do prazo para a aplicação do princípio da fungibilidade71 • O STJ, contudo, exige que se obedeça ao prazo para que se aplique o princípio72•

8.3.2.2. Regra da unicidade, unirrecon·ibilidade ou singularidade De acordo com essa regra, não é possível a utilização simultânea de dois recmsos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recmso adequado e somente um73.

Ressalvadas as exceções adiante mencionadas, a interposição de mais de um recurso contra uma decisão implica inadmissibilidade do recurso interposto por último74. Trata-se de regra implícita no sistema recursa! brasileiro - no CPC/39, estava prevista no art. 809.75

Como será visto adiante, contra cada decisão cabe um tipo de recurso, não sendo possível a iuterposição simultânea de mais de uma espécie recursai. Também será visto que, em casos de controvérsia ou polêmica, é possível aceitar um recurso no lugar do outro. Em precedente específico, o STJ, em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, aplicou o princípio da fungibilidade para admitir a interposição simultânea de agravo de instrumento e de apelação contra a mesma sentença. Eis o teor da correspondente ementa: "RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO l:NTERLOCUTÓRIA PROFERJDA E M SENTENÇA. AG RAVO DE

7 1 . interessante análise sobre a (des)necessidade de observação do prazo é feita por FIGUEI REDO, Paulynne Rocha V. "Princípio da fungibilidade na esfera recursai brasileira e a problemática do prazo menor- apego ao formalismo ou requisito da dúvida objetiva?" Quesrões aruais sobre os meios de impugnação conrra decisões judiciais. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 19 1-206.

72. STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl 110 Ag 1336464/SP, rei. Min. Jorge Mussi,j. em 1 9.04.2012, publicado no DJe de 27.04.201 2 ; STJ, 1 ' T., REsp n. 53.645/SP, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 28.09.1 994, publicado 110 DJ de 24. 1 0 . 1 994, p. 28.716; STJ, 4ª T., AgRg no Ag n. 295.148/SP, rei.

Min.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29.08.2000, publicado no DJ de 09.10.2000, p. 159.

73. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 249.

74. SOUZA, Bernardo Pimentel. Inrrodução aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199.

75. "A pane poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, 10davia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso".

TEORIA DOS RECURSOS

rNSTRUMENTO E A PELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO CUM ULATIVA. EXISTÊN

CIA DE DÚVIDA OBJETIVA. PRJNCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABLMENTO.

1 . Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 282/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido.

2. Contra sentença complexa, isto é, aquela que decide questão interlocutória e de mérito, é cabível recurso de apelação. 3. Excepcionalmente, admite-se a interposição de agravo de instrnmento contra parte da sentença que tenha conteúdo de decisão interlocutória e de apelação contra a questão de mérito, tendo em vista a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à matéria, o que configura dúvida objetiva e atrai a aplicação do princípio da fungibilidade. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido."76

A regra da singularidade não impede a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. Se, por exemplo, o juiz profere uma decisão e, antes do término do prazo recursai, vem a proferir outra, pode a parte, num único recurso, impugnar ambas, desde que esse mesmo recurso seja adequado a combater as duas decisões. Nesse sentido, assim já decidiu o STJ, quando enfrentou o REsp 1 . 1 1 2.599/TO, rei. Min. Nancy Andrighi,j. 28/8/2012, DJe 5/9/201 2: "PROCESSO

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IN

TERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO PARAATACAR DUAS DECISÕES

DISTINTAS. POSSIBILIDADE. 1 . A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declara

ção, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 2 1 1 /STJ. 2.

O princípio da singularidade, também denominado da w1icidade do recurso, ou unirrecorribilidade consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um único recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico. 3.

O recorrente utilizou-se do recurso correto (respeito à forma) para impugnar as decisões ioterlocutórias, qual seja o agravo de instrumento. 4. O princípio da unirrecorribilidade não veda a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. E não há, na legislação processual, qualquer impedimento a essa prática, não obstante seja incomum. 5. Recurso especial provido."

Há, porém, situações dignas de nota.

i) Contra acórdãos objetivamente complexos (mais de um capítulo), é possível imaginar o cabimento simultâneo de recurso especial e recurso extraordinário (o art. 498 tem regra expressa neste sentido)77. É possível, ainda, imaginar que além desses recursos excepcionais, também caibam embargos infringentes. Mas,

76. STJ, 4' T., REsp n. 1 .035.1 69/BA, rei. Min. João Otávio de Noronha,j. em 20.8.2009, publicado no DJe de 8.2.201 O.

77. Segundo Barbosa Moreira, ·•1al hipótese, regulada pela expressa disposição do art. 498, não constitui, no que tange aos embargos, verdadeira exceção ao princípio de que ora se trata: para fins de recorribilidade, cada capítulo é considerado como uma decisão per se"' (Comen1ários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed.

cit., p. 249.).

nessa hipótese, tendo em vista o mesmo art. 498, o recorrente deverá interpor, primeiro, os embargos infringentes e, após o seu julgamento, os recmsos extraordinários. Caso interponha todos a um só tempo, não serão conhecidos os recursos, de acordo com entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça (o tema será examinado no capítulo dedicado aos embargos infringentes).

ii) Admite-se, doutrinariamente, embora haja certa divergência, a interposição simultânea de embargos de declaração e outro recurso contra a decisão78•

8.3.2.3. Regra da taxatividade

Consiste na exigência de que a enW11eração dos recursos seja taxativamente prevista em lei. O rol legal dos recursos é numerus clausus. Só há os recursos legalmente previstos. Lei, aqui, é termo que deve ser compreendido em sentido amplo, como fonte formal do Direito.

A lém das espécies recursais previstas no art. 496 do CPC, podem ser lembrados, ainda: a) o recurso inominado nos Juizados Especiais; b) os embargos infringentes de alçada da Lei de Execução Fiscal; c) os agravos internos previstos para o incidente de suspensão de segurança (art. 1 5 da Lei n. 1 2.0 1 6/2009; Lei Federal n. 8.347/92).

"Descabe confundir a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual - art. 24, X l - com a privativa para legislar sobre direito processual, prevista no art. 21, 1, ambos da CF.

Os Estados não têm competência para a criação de recw-so, como é o de embargos de divergência contra decisão de Turma Recursai". (AgRg 253.51 8-9-SC, STF/2•

Tunna, RT 783/2 1 7). O STF já decidiu que lei estadual não pode criar recurso novo, matéria cuja competência legislativa seria exclusividade da União (2ª T., AgRg n.

253.51 8-9-SC, RT n. 783, p. 2 1 7)

8.3.3. Legitimidade (art. 499, CPC)

A legitimidade para a interposição do recurso está prevista no art. 499 do CPC: "O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pe1o Ministério Público".

Parte. Quando a lei menciona a "parte vencida" como legitimada a recorrer, quer referir-se não só a autor e réu, haja ou não litisconsórcio, mas também ao terceiro interveniente, que, com a intervenção, se tornou parte. O assistente, o denunciado, o chamado etc. recorrem na qualidade de parte, pois adquiriram essa qualidade com a efetivação de uma das modalidades interventivas. No conceito de

"parte vencida" também deve ser incluído aquele sujeito processual que é parte
78. SOUZA. Bernardo Pimentel. J11uvd11çiio nos recursos cii•eis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 198. com amplas referências.



apenas de alguns incidentes, como é o caso do juiz, na exceção de suspeição, e o terceiro desobediente, no caso da aplicação da multa do parágrafo único do art.

1 4 do CPC.

Há precedentes do STJ no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Assim, como o assistido não reconeu, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria "contrariar" a vontade do assistido, que não recorreu. Assim, por exemplo, STJ, 2ª. T., REsp n. 535.937/SP, Rei. Min. Humbe1to Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 1 0. 1 0.2006, p. 293: " 1 . É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida". Há um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recona. Na verdade, eis o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente evitará a preclusão. É

essa, aliás, a orientação do próprio CPC, que expressamente diz que, revel o assistido, atuará o assistente como seu gestor de negócios (legitimado extraordinário).

Ora, o dispositivo se aplica aos demais casos de condutas omissivas do assistido, não apenas a revelia.

Agora, se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não-reconer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à manifestação de vontade do assistido (ar!. 53 do CPC).

Assim, quando houver manifestação ele vontade do assistido no sentido de não impugnar ou não mais impugnar a decisão (negócios jurídicos processuais), o recurso do assistente simples será anóclino. Quando não houver manifestação ele vontade do assistido, que praticou atos-fatos processuais, como a perda de um prazo, a atuação do assistido será eficaz e, caso tenha recorrido, o recurso deve ser conhecido, salvo expressa manifestação contrária do assistido. Exatamente porque se trata de um ato-fato processual, em que a vomade é irrelevante para a configuração da hipótese nomiativa, não se pode constatar o contraste entre a vontade do assistellle simples e a vontade do assistido; esse contraste não se admite, na forma do art. 53, por isso que, quando houver ato negocial dispositivo

pelo assistido, a vontade do assistente simples não poderá ser em sentido contrário.

Nesse sentido ora derendido, assim decidiu a 6" Turma do STJ: "PROCESSUAL

CIV1L.ASSISTÊNCIA SlMPLES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. POSSIBI LI

DA DE. INTELIG ÊNCIA DO A RT. 52, CPC.- A regra inseria no art. 52 do CPC

é expressa no sentido de que o assistente simples é auxiliar da parte principal, possuindo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais, não podendo, todavia, praticar atos comrários à vontade do assistido. - Segundo a melhor exegese deste preceito, pode o assistente interpor recurso, ainda que não o faça o assistido, desde que não haja por parte deste expressa manifestação em sentido contrário. - Precedentes - Recurso especial conhecido e provido." (REsp 99. 1 23/PR, rei. Min. Vicente Leal,j. 3.6.2002, DJ de 1 °.7.2002).

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito díspares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), está correto o precedente do STJ

de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se "verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial" (no

caso, o Estado do Rio era assistente simples da U nião; STJ, 2•. T., REsp n. 1 05.6 1 27/RJ, Rei. Min.

Mauro Campbell Marques, j. em 1 9.08.2008, publicado no DJe de 1 6.09.2008).

Terceiro prejudicado. 79 Terceiro é aquele que, até então, nã.o participa do processo. O recurso de terceiro é uma modalidade de intervenção de terceiro; o terceiro, com o recurso, passa a fazer parte do processo. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a rela

ção jurídica submetida à apreciação judicial (§ l º, art. 499, CPC). Só se admite o recmso de terceiro juridicamente prejudicado80• O terceiro prejudicado há de ser titular ou da mesma relação jurídica discutida ou de uma relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo. Pode-se dizer que todos aqueles que, legitimados a i ntervir no processo, não o fizeram, salvo o caso da oposição, podem recorrer.

O litisconsorte necessário não-citado também poderá recorrer81 .

Aquele que poderia ter sido opoente, mas não foi, e, portanto, ainda é terceiro, não poderá recorrer, já que ele ingressa para discutir a sua relação jUJídica, e a intervenção, só na via recursai, ainda que disfarçada pelo recurso, levaria à superior instância matéria nova, não alegada, nem discutida nem decidida no procedimento originário. Só poderá recorrer, pois, para defender interesse de outrem. Cogita-se, no entanto, de situação em que o possível opoente possa recorrer como terceiro: quando seu recUJso fundar-se em errar in procedendo, pois, assim, o acolhimento do pedido recursai, que será o de invalidação da decisão, permitirá a iDtervenção do opoente em primeira instância.82

79. Sobre o recurso de terceiro, mais amplamenle, DIDIER Jr., Fredie. Recurso de terceiro. 2 cd. São Paulo: RT, 2005.

80. Francisco Glauber Pessoa Alves escreveu trabalho em que defende a possibilidade de recurso de terceiro eco110111ica111e11te prejudicado, desde que o terceiro mantenha relação jurídica com urna das partes em juízo.

Entende que, assim pensado, o instituto seria mais um mecanismo de combate da má-fé processual, protegendo o terceiro dos prejuízos que podem advir de um processo simulado ou fraudulento. ("O cabimento do recurso de terceiro economicamente prejudicado". Aspectos polêmicos e a///ais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Frcdie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier

(coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 399-404).

8 1 . ASSIS, Araken de. "Condições de admissibilidade dos recursos cíveis". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 25-26.

82. CÂMARA, Alexandre Freitas. Liç1ies de Direito Processual Civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, V.] , p. 2 1 6.

O prazo para o recurso do terceiro é o mesmo de que dispõe a parte, iniciando

-se no mesmo momento, inclusive: a data da intimação. Exatamente porque é terceiro, ele não é intimado; o prazo para o seu recurso conta-se da data em que a parte foi intimada.

O recurso de terceiro também deve ser "preparado" (sobre o preparo como requisito de admissibilidade do recurso, ver item mais à frente). A regra está clara no texto do § 3° do art. 6° da Lei 1 1 .636/2007, que cuida do regime de custas perante o STJ: "O terceiro prejudicado que recorrer fará o preparo do seu recurso, independentemente do preparo dos recursos que, porventura, tenham sido interpostos pelo autor ou pelo réu".

Ministério Público. O Ministério Público pode recorrer na qualidade de parte ou como custos legis. A legitimação recursai como custos legis é concorrente com a das partes, mas é primária, ou seja, independe do comportamento delas (a propósito, o enunciado n. 99 da súmula da jurisprudência predominante do STJ:

"O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte"), mesmo que se trate de demanda acidentária (nesse sentido, o enunciado n. 226 da súmula do STJ: "O

Ministério Público tem legitimidade para reconer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado").

Há um caso de legitimidade recursai, previsto na legislação extravagante, bastante curioso. Trata-se da legitimação recursai da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), quando atua no processo na qualidade de amicus curiae. De acordo com o § 3° do art. 3 1 da Lei Federal n. 6.385/1 976, "à comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem". Trata-se de uma legitimidade recursai subsidiária83•

8.3.4. Interesse

8. 3. 4. 1. Generalidades

O exame do interesse recursai segue a metodologia do exame do interesse de agir (condição da ação). Para que o recurso seja admissivel, é preciso que haja

utilidade o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação

-

mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haj a posto a 83. OI DI ER Jr., Frcdie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 250-252, especialmente a nota 1 3 1 .

decisão impugnada - e necessidade que Lhe seja preciso usar as vias recursais

-

para alcançar este objetivo84. Costwna-se relacionar o interesse recursai à existência de sucumbência ou gravame. É preciso ter cuidado com a afirmação. Terceiro não sucumbe, exatamente porque é terceiro, e nem por isso está impedido de recorrer85, o autor, vitorioso no pedido subsidiário (art. 289 do CPC), pode recorrer para obter o pedido principal. A noção de interesse de recorrer é mais prospectiva do que retrospectiva: "a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao reconente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado"86.

O enunciado n. 1 26 da súmula da jurisprudência predominante do STJ fornece um exemplo de recurso inútil. Diz o texto do verbete: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário". A inadmissibilidade decorre da inutil idade: a vitória do recorrente, nesse caso, ser-lhe-ia inútil, pois a decisão impugnada permaneceria incólume, já que o fundamento constitucional (que não foi impugnado) é suficiente para sustentá-la. Somente impugnando ambos os fundamentos suficientes para manter a decisão, com um recurso especial e um extraordinário, é que a parte poderia alcançar alguma utilidade no procedimento recursal87•

Há muita controvérsia sobre a utilidade do recurso do réu contra sentença terminativa. Sobre o tema, remete-se o leitor a ensaio de um dos autores desse livro88.

Um exemplo de recurso desnecessário é aquele interposto pelo réu, em ação monitória, contra a decisão que determina a expedição do mandado monitório.

O recurso aqui é desnecessário, porquanto a simples apresentação da defesa (embargos monitórios) já é suficiente para impedir que a decisão monitória produza qualquer efeito executivo.

Não se pode recorrer apenas para discutir o fundamento da decisão; é preciso discordar da conclusão a que chegou o órgão jurisdicional. Não há utilidade na discussão sobre os fundamentos, sem alterar a conclusão, pois a motivação não fica imutável pela coisa julgada material (art. 469 do C PC)89.

84. MORETRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 298-306.

85. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 299.

86. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit.. p. 299, grifos do original.

87. MOREíRA. José Carlos Barbosa. Co111e11tários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 303.

88. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Sobre o interesse do réu em recorrer da sentença terminati\ a'".

Revista Dialetica de Direi/o Processual São Paulo: Dialética, 2004, n. 1 O, p. 55-70.

89. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 12 ed. cit., p. 302-303.

Há uma situação, porém, que é digna de nota. Nos casos em que a coisa julgada é secundum eventum probationis (mandado de segurança, ações coletivas versando sobre direitos difusos ou coletivos, ação popular etc.), não há coisa julgada se o juízo de improcedência se fundamentar na falta de prova; se a improcedência fundar-se na inexistência de direito, há coisa j ulgada material. Assim, há interesse recursai do réu, por exemplo, em impugnar o fundamento de uma decisão, mesmo concordando com a conclusão de improcedência: ele pode desejar que a improcedência seja por inexistência de direito, e não por falta de

prova, porque isso lhe traria o benefício da coisa julgada material90.

8.3.4.2. interesse recursai e formação do precedente judicial Ao longo de todo Curso, enfatizou-se a transformação do direito processual civil brasileiro, no sentido de criar um modelo de processo adequado à tutela das causas repetitivas.

Assinalou-se que o direito brasileiro adota um sistema de valorização dos precedentes judiciais, muitos dos quais com eficácia vinculativa (a propósito, ver o v. 2 deste Curso).

Os dois fenômenos estão intimamente relacionados.

Sabe-se que o elemento normativo do precedente (a ratio decidendi) encontra

-se na fundamentação da decisão.

No v. 1 deste Curso, no capítulo dedicado ao estudo das intervenções de terceiro, destacou-se a transformação do conceito de interesse jurídico, para fim de intervenção como assistente. Viu-se que há entendimento do STF que permitiu a intervenção de terceiro para auxiliar a formação de um precedente.

É possível conceber, consequentemente, a existência de interesse recursai limitado à discussão do precedente, que se encontra na fundamentação, independentemente da impugnação da norma jurídica individualizada, que se encontra no dispositivo.

H á um caso concreto que merece menção.

90. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 302; JORGE, Flávio Cheirn. "Embargos infringentes: uma visão atual". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civeis de acordo com a Lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coorcl.). São Paulo: RT, 1 999, p. 266-267; ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de processo civil. São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 1 94-1 95; ZARIF, Cláudio. "'Sistema recursai nas ações coletivas". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de 011tras/or111as de impugnaçcio às decisõesjudiciais. São Paulo, RT, 2001, p. 2 1 1-212.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Logo após a crise econômica mundial, a Embraer promoveu uma demissão coletiva. Esse procedjmento foi levado ao judiciário trabalhista, em razão da magnitude de suas consequências. O TST, ao julgar o recurso da Embraer, entendeu, por maioria, que a dispensa não fora abusiva, muito menos teria havido ofensa à boa-fé objetiva, exatamente porque a jurisprudência não criava restrições para esse tipo de conduta empresarial. Sucede que o mesmo TST decidiu fixar "a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores". (TST- RODC -

30900- 1 2.2009.5 . 1 5.0000

, rei. Min. Maurício Godinho Delgado,j. em 1 0.08.2009). Percebe-se claramente que o TST, para não proceder a um overruling com eficácia retrospectiva, e assim ferir o princípio da confiança, procedeu ao signaling, alertando sobre a sua futura orientação jurisprudencial. Fez, em suma, um overruling prospectivo (sobre o overruling e o signaling, ver o v. 2 deste Curso).

Observe-se que a Embraer venceu a causa, no particular, tendo em vista que o TST entendeu que a sua conduta não fora abusiva. Será, porém, que ela teria interesse recursai, para discutir a "premissa", que se encontra na fundamentação da decisão, evitando a caracterização do overruling? Parece que sim. E, de fato, foi o que aconteceu: houve recurso extraordinário para o STF.

8.3.5. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer Há requisitos negativos de admissibilidade do recurso: fatos que não podem ocorrer para que o recurso seja admissível. São os fatos impeditivos e extintivos do direito de recon-er.

É impeditivo do poder de recorrer o ato de que diretamente haja resultado a decisão desfavorável àquele que, depois, pretenda impugná-la. Por exemplo: da sentença que homologa a desistência, não pode recorrer a parte que desistiu. "A ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento deste fim, representado pela decisão impugnada, se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-la".9I É o caso da preclusão lógica, que consiste na perda de um direito ou faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício. Trata-se de regra que diz respeito ao princípio da confiança, que orienta a lealdade processual (proibição do venire contrafactum proprium). A desistência, a renúncia ao direito sobre o que se funda a ação e o reconhecimento da procedência do pedido são fatos impeditivos do direito de recorrer, salvo se o recoJTente pretender discutir 9 1 . MOREIRA, José Carlos Barbos.1. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 340.

a validade de tais atos, o que redundaria na rescisão da decisão judicial que os tenha por fundamento.

São extintivos do direito de recorrer a renúncia ao direito de recorrer e a aceitação, já examinados.

8.3. 6. Tempestividade

O recurso deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei. O termo inicial do prazo recursai é o da intimação da decisão (art. 506, CPC). O prazo para a interposição do recurso é peremptório, insuscetível, por isso, de dilação convencional.

Suspende-se o prazo recursai se houver superveniência de férias (art. 1 79)92; obstáculo criado pela própria parte (art. 1 80, CPC) ou pelo juízo; perda da capacidade processual de qualquer das partes ou seu procurador. Interrompe-se o prazo recursai com o oferecimento de embargos de declaração. Se, durante o prazo de interposição, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorra motivo de força maior que suspenda o curso do processo (art. 507, CPC), devolve-se integralmente o prazo à parte.

Ao julgar o AgRg no Agravo de I nstrumento nº 1.251 .998/SP, rei. M in. Luis Felipe Salomão, a Corte Especial do STJ, modificando seu entendimento anterior, assentou a orientação segundo a qual é possível a comprovação de suspensão de prazo processual por intermédio de documento extraído da internet, consignando que "As cópias de atos relativos à suspensão dos prazos processuais, no Tribunal de origem, obtidas a partir ele sítios eletrônicos da J ustiça, contendo identificação da procedência do documento, ou seja, endereço eletrônico de origem e data de reprodução no rodapé da página eletrônica, e cuja veracidade é facilmente verificável, juntadas no instante da interposição do recurso especial, possuem os requisitos necessários para caracterizar prova idônea, podendo ser admitidas como documentos hábeis para demonstrar a tempestividade do recurso, salvo impugnação fundamentada da parte contrária."

A jurisprudência dos tribunais superiores é firme no sentido de que a tempestividade do recurso deve ser comprovada no momento da sua interposição, não sendo possível a comprovação posterior, em razão da preclusão consumaliva. Segundo a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, "a prova da suspensão dos prazos no tribunal de origem deve ser demonstrada por meio de documento oficial colacionado aos autos no mome/1/o da interposição do recurso, sob pena de não conhecimento, não comportando suprimento posteri01: "93 Quer isso dizer 92. Cumpre advertir que, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, não há mais férias coletivas nas primeira e segunda instâncias, mas continuam existindo no âmbito dos tribunais superiores. Além do mais, o STJ equipara o recesso de final de ano às férias, para efeito de suspensão dos prazos.

93. STJ, 3' T., AgRg nos EDcl no Ag 1.391.30 l/RJ, rei. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28/2/2012, DJe 8/3/20 12.

57

que "'cabia ao agravall/e, por ocasião da interposição cio agravo ele instrumento, demonstrar que não houve expediente forense no dia i111ediatame111e seguinte ao feriado de corpus christi, po is a prec/uscio co11sumativa impede que a

comprovação a posteriori a/as/e a i111e111peslividade do recurso. "94

Ajurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se finnou no mesmo sentido.

Realmente, segundo anotado em recente precedente, "a tempestividade do recurso extraordinário deve ser demonstrada no 1110111e1110 de sua inte1posição. inclusive com a comp1Vvação da suspensão dos prazos processuais no Tribunal a quo, mediante juntada de docu111e1110 hábil. não sendo admitida sua juntada poslerio1: "95

Em 22 de março de 20 1 2, ao julgar o Agravo lmerno no Recurso Extraordinário nº 626.358, o Plenário do STF decidiu diferentemente, revendo sua jurisprudência para admitir prova posterior da tempestividade de um recurso, quando ele chegar ao Supremo com aparente intempestividade, corno, por exemplo, tiver ocorrido uma causa suspensiva do prazo ou que lhe prorrogue o termo final, sem que isso tenha sido atestado, demonstrado ou comprovado pela parte. A partir de tal precedente, o STF passará a admitir o recurso, podendo a parte, posteriormente, trazer aos autos a comprovação da tempestividade do recurso. O STF entendeu que, quando o recurso é admitido no tribunal de origem, isso já representa uma comprovação de sua tempestividade, podendo a parte, posteriormente, confinnar essa afirmação feita pela corte local.

Trata-se de importante mudança na jurisprudência do STF, que deve, espera-se, seja seguida pelo STJ. O precedente é paradigmático e confirma a tendência de eliminar a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, conferindo mais efetividade ao princípio do amplo acesso à justiça e consolidando a ideia de cooperação entre panes e órgão jurisdicional. Se há tempestividade do recurso, alguma dúvida que surgir a esse respeito deve ser dirimida e eliminada, permitindo-se seja apreciado o mérito da questão submetida ao crivo do tribunal.

Nas comarcas onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar o prazo recursai por até 60 (sessenta) dias, podendo tal prazo ser excedido em caso de calamidade pública (CPC, art. 182).

À Fazenda Pública e ao Ministério Público (fiscal da lei ou parte)96, computa

-se em dobro o prazo para recurso (art. 188, CPC). De acordo com a Lei Federal nº 9.469/97, art. 10, aplica-se tal disposição às autarquias e fundações públicas.

Eis o teor do enunciado n. 1 1 6 da súmula do STJ: "A Fazenda Pública e o Mi nistério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça". Esse benefício não se aplica ao prazo de contrarrazões: o 94. STJ, 5' T., AgRg no Ag 1 .425.29 1/SP, rei. Min. Marco Aurélio Bellizze,j. 14/2/2012, DJe 2/3/201 2 .

9 5 . STF, l ' T., A I 564.742 AgR, rei. Min. Dias TofToli, Primeira Turma,j. 1 4/212012. acórdão eletrônico DJe-058 divulg 20/3112012 public 2 1/3/20 12.

96. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos CÍl'eis e à ação rescisória. 3 cd. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. s• edição. São Paulo: Dialética, 2007, n. 3.6.2, p. 58.

M P e a Fazenda Pública têm prazo simples para responder a recurso97. Também não incide a regra no âmbito dos Juizados Especiais Federais (art. 9°, Lei Federal n. 10.259/2001) e nos Juizados Estaduais da Fazenda Pública (art. 7º, Lei n.

1 2 . 1 53/2009). A dobra do prazo também não se aplica ao Ministério Público nos procedimentos de competência da Justiça da Infância e da Juventude, nos termos do inciso I I do art. 1 98 do ECA, alterado pela Lei n. 1 2.594/20 1 2 .

Quando um ou outro interpuser o recurso na qualidade de terceiro prejudicado ou custos /egis, respectivamente, incidiria o referido dispositivo, ou o prazo, nestas situações, é simples? O problema de que se cogita é abordado, com minúcia, por NELSON NERY .Ire, de forma que qualquer consideração a mais seria excessiva.

Demonstra, o autor, o confronto entre as duas correntes doutrinárias sobre a extensão do benefício aos entes públicos: a que interpreta literalmente o art.

188 e aquela que o interpreta de acordo com urna suposta mens legis. A segunda corrente, afirma o autor, é a majoritária, e baseia-se em três argumentos: a) o conceito de parte no CPC é equívoco; b) o beneficio é conferido à instituição do Min istério Público, p. ex., sendo que as dificuldades enfrentadas por seus represelllantes no processo existem independentemente da posição processual assumida; c) como a legiti mação do M inistério Público é na condição de parte e de fiscal da lei, seria incoerente não admitir a di lação do prazo ao custos /egis.98

Considera-se que, de fato, partindo da premissa da constitucionalidade destas prerrogativas, a melhor interpretação do art. 188, CPC, é a que estende o benefício àqueles entes, inclusive quando recorrem como terceiro.')9

Os defensores públicos têm prazo em dobro para recorrer e responder ao recurso (arts. 44, 1, e 128, 1, da Lei Complementar n. 80, e art. 5°, § 5º, da Lei Federal n. 1 .060/50).100 Esse benefício deve ser estendido, por analogia, aos advogados que atuam em entidades não-governamentais que prestam assistência judiciária, como os serviços da OA B, do Patronato de Presos e Egressos e dos núcleos de prática jurídica das faculdades de direito.101 Ao advogado de sindicato, ao qual é vinculada a parte, não se con fere esse benefício do prazo em dobro.102

A tempestividade do recurso é aferida pela data do protocolo. Em outras palavras, o que importa, para verificar a tempestividade do recurso, é que ele 97. SOUZA, Bernardo Pimentel. /11/rodução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 65-66.

98. NERY, JR., Teoria Geral dos Rec11rsos -pri11cipiosfi111da111en1ais, 5 ed. cil., p. 3 10.

99. Nesse sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública emjuizo. 5' edição. São Paulo: Dialética, 2007, n. 3.2, p. 40-41 .

1 00. SOUZA, Bernardo Pimentel. /11/roduç<io aos recursos civeis e à aç<io rescisória. 3 ed. cit., p. 66.

101. Há precedente do STJ que não estende o beneficio a núcleo de prática jurídica de entidade panicular de ensino (STJ, 3' T., AgRg no AgRg no AgRg na MC 5. 149/MG, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1 5. I 0.2002, publicado no DJ de 25. I 1 .2002, p. 227). Há precedente do STJ que estende o beneficio a núcleo de prática jurídica de entidade pública de ensino (STJ, 3'. T., REsp. n. 1 . 106.21 3/SP, rei. Mina.

Nancy Andrighi,j. em 25.10.201 1 , publicado no DJe de 07. 1 1 .20 1 1).

102. STJ, 5' T., REsp n. 237.450/SP, rei. Min. Felix Fischer,j. 06.09.2001 , publicado no DJ de 08. 1 0.200 1 , p. 236.

tenha sido apresentado ao protocolo dentro do prazo legalmente previsto. A devolução tardia dos autos é irrelevante para a aferição da tempestividade do recurso. Interposto o recurso no prazo previsto em lei, ele é tempestivo. A circunstância de os autos ficarem retidos com o advogado ou o fato de haver uma demora na sua devolução ao juízo ou tribunal não influi na tempestividade do recurso. É bem verdade que o art. 1 95 do CPC impõe ao advogado restituir os autos no prazo legal, devendo o juiz mandar, de ofício, riscar o que neles houver escrito e desentranhar as alegações e documentos que apresentar. Tal

sanção prevista no art. 195 do CPC - que se aplica à Fazenda Pública e ao Ministério Público, por força do art. 1 97 do CPC - não tem o condão de fazer com que se entenda como intempestivo o recurso apresentado dentro do prazo legal.

Independentemente de os autos serem ou não devolvidos com atraso, o recurso será tempestivo, desde que protocol izado no prazo previsto em lei. Com efeito, segundo anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, "protocolizado o recurso dentro do prazo, irrelevante a data em que foram os autos devolvidos em cartório. Em casos tais, inaplicável o art. 1 95 do CPC"1º3• Ainda segundo consta de outro precedente do Superior Tribunal de Justiça, "protocolizados os embargos declaratórios da União dentro do prazo legal, é irrelevante a data em que foram os autos devolvidos em cartório. Dentre as sanções contidas no art 1 95 do CPC, pela demora na devolução dos autos pelo advogado, não se inclui o não-conhecimento do recurso por intempestividade"104•

Se o recurso for apresentado em protocolo diverso, somente vindo a ser apresentado depois do prazo em protocolo correto, deverá ser tido como tempestivo. O

que impona é que tenha, dentro do prazo, sido apresentado, ainda que em juízo ou em foro diverso. A interposição do recurso é um ato jurídico, que depende de manifestação de vontade. A vontade foi manifestada dentro do prazo, sendo uma mera irregularidade a apresentação perante um protocolo diverso daquele destinado à apresentação do recurso cabível.

Ao julgar o REsp 690.545/ES, a 3ª Turma do STJ asseverou que "A jurisprudência tolera o erro no encaminhamento do recurso, quando é entregue em cartório diverso 103. Acórdão unânime da 2' Turma do STJ, REsp n. 852.701/SP, rei. Min. Humberto Martins, j. 28. 1 1 .2006, publicado no DJ de 1 1 . 1 2.2006, p. 348.

104. Acórdão unânime da 2' Tunna do STJ, REsp n. 505.371/DF, rei. Min. Francisco Peçanha Martins,j. 16. 12.2004, publicado no DJ de 2 1 .3.2005, p. 3 1 8. No mesmo sentido: "PROCESSUAL CIVIL. CONTRARRAZÕES

APRESENTADAS TEMPESTIVAMENTE. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS APÓS O TÉRMINO DO PRA

ZO. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DESCABIDO. 1. Constituem

coisas distintas a apresentação de peça processual, para cujo aperfeiçoamento basta a sua protocolização tempestiva, da restituição dos autos em poder da parte, que, mesmo ocorrendo após o lapso para a prãtica do primeiro ato, não tem o condão de afetar a sua validade. O. Precedentes do STF e do STJ. lll. Recurso especial conhecido, mas improvido." (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 58.829/SP, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.8.1999, publicado no DJ de 20.9.1999. p. 64).

daquele em que tramita o processo; não é esse o caso, quando o recurso é deixado na Contadoria do Foro, que evidentemente não tem atribuição para esse efeito." 'º5

Há outras questões polêmicas sobre a tempestividade recursai.

Seguem mais quatro exemplos.

Primeiro, a esdrúxula tese da intempestividade do recurso prematuro: o STF

já afümou que recurso interposto antes do prazo (antes da intimação da decisão) é intempestivo (ver, por exemplo, STF, 2ª. T., AI n. 375 . 1 24, j . 28.05.2002, rei.

Celso de Mello, publicado no DJU 28.06.2002). Os fundamentos não se sustentam, até mesmo pela irrazoabilidade: se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação106.

Emblemático deste posicionamento é o julgamento do STF no Ag. Reg. no Al n.

558.1 68, rei. Min. Cézar Peluso, em 2 1 .02.2006: " l . RECURSO. Extraordinário.

Interposição antes de publicação do acórdão. Possibilidade teórica de acompanhamento eletrônico. Irrelevância. Sistema que apenas informaria o estado do processo, não as razões de decidir. Recurso prepóstero. Não conhecimento. Se não se prova doutro modo o conhecimento anterior das razões de decidir, não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça ou da sua juntada aos autos.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria.

Argumentação desarrazoada. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé.

Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. Arts. 14, 1 l e Ili, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado."

No final de 2004, a Corte Especial do STJ, no ERESP n. 492.46 1 , considerou possível a interposição de recursos contra decisões unipessoais ou colegiadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. A medida, que se contrnpõe à jurisprudência anteriormente firmada no Tribunal, decorre de decisão tomada pela maioria dos ministros da Corte Especial.

Em junho de 2005, o STF proferiu decisão admitindo como tempestivo recurso interposto antes do início da fluência do prazo"º7• No Informativo n. 665, que

abrange o período de 07 a 1 1 de maio de 20 1 2, o Supremo Tribunal Federal

105. REsp 690545/ES, rei. Min. Humbe1to Gomes de Barros, rei. p/ acórdão Min. Ari Pargendler,j. 1 8/1 2/2007, DJe 27/06/2008.

106. Em razão das suas críticas severas, é conveniente a leitura de DlNAMARCO, Cândido Rangel. "Tempestividade dos recursos". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16, p. 9-23; MACHADO, Hugo de Brito. "Extemporaneidade de recurso prematuro". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n 8, p. 58-66.

107. STF, Pleno, AO 1 1 33 AgR-AgR/DF, rei. Min. Carlos Britto, 16.6.2005, publicada no Informativo n. 392, de 13-17 de junho de 2005.



fREDIF ÜIDlER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

divulgou uma importantíssima decisão. Trata-se de acórdão proferido no HC n.

1 O 1 . 1 32/MA, cujo relator é o Ministro Luiz Fux. Neste julgado, o STF, finalmente, e ao que parece definitivamente, reviu essa sua antiga jurisprudência,

para admitir como tempestivo recurso interposto antes da publicação da decisão, acolhendo a integralidade dos argumentos da doutrina neste sentido - diga-se, inclusive, que se trata de uma rara situação em que a doutrina fala em uníssono. Espera-se, sinceramente, que essa decisão ilumine o TST, que ainda recalcitra no particular (n.

434, I, da súmula do TST: "É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado").

A questão parecia resolvida, mas a I ª T. do STJ voltou a manifestar entendimento de que seria extemporâneo (e, portanto, intempestivo) o recurso interposto antes da publicação da decisão na imprensa oficial1º8• A Corte Especial voltou, de igual modo, a manifestar esse lamentável entendimento relativo à extemporaneidade ou intempestividade prematura1 09•

Esse vaivém é inaceitável.

O segundo exemplo relaciona-se com a contagem do prazo quando há litisconsórcio, em que os litisconsortes estão representados por advogados diferentes, mas um deles é excluído do processo na decisão recorrida: apl ica-se ou não a regra do art. 191 que impõe a contagem em dobro nos casos de litisconsortes com procuradores diversos? A questão é tormentosa e chegou ao Supremo Tribunal Federal, que consolidou a sua jurisprudência no verbete n. 641 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido".110 Tal enunciado sumular não se aplica, contudo, no prazo para embargos de declaração, pois esse recurso não depende de sucumbência.

O STJ decidiu que o art. 1 9 1 do CPC - prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos - é regra de aplicação "objetiva e irrestrita". Assim, 108. "PROCESSUAL CIVIL. CO CURSO PÚ BLICO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1 TER

POSIÇÃO NA PENDÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DEADMISSJBILLDADE DO RECURSO

ESPECIAL. RECURSO EXTEMPORÂNEO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

AGRAVO REGIMENTA L /\ QUE SE NEGA PROVIM E TO" (Acórdão da !'

Turma do STJ, AgRg nos EDcl no AR.Esp 1 6 1 .62 1 , rei. Min. Teori Albino Zavascki. publicado no DJe 21/8/20 12).

109. "'AGRAVO REGIMENTAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO A'ITES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

EXTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.AGRAVO REGL\llENTAL DESPROVIDO.

É extemporâneo o recurso interpos10 an1es da publicação do v. acórdão que se pretende impugnar. Precedentes do e. STJ e do e. STF. Agravo regimental desprovido." (Acórdão da Corte Especial do STJ, AgRg nos EAREsp 1 1 2.505/PR, rei. Min. Fclix Fischer, j. lº/8/2012, DJe 16/8/20 12).

1 10. Ver, ainda, por exemplo, STF. Pleno. AI 330106 AgR-QO/RJ. Rei. Min. Ellen Gracie, j. 1 2.06.2002.

publicado no DJU de 28.06.2002, p. 88.

aplicar-se-ia mesmo nos casos de os diferentes advogados pertencerem a um mesmo escritório (STJ, 3" T., REsp n. 8 1 8.4 1 9, rei. Min. Sidnei Beneti, j . em 09.06.2009, publicado no DJe de 1 8.06.2009). Não parece, contudo, uma orienta

ção correta. Trata-se de indício claro de abuso de direito processual, que deve ser combatido por força da incidência do princípio da boa-fé processual (art. 1 4 , li, CPC). Além de tornar ilícitas as condutas abusivas, o princípio da boa-fé

processual também exerce a função normativa de servir como parâmetro hermenêutico para a aplicação de todas as normas processuais. Essa interpretação do art. 1 9 1

do CPC é contrária à proteção da boa-fé objetiva e, portanto, não deve ser aceita nem prestigiada. Também não é razoável a interpretação dada pelo STJ, por não ser compatível com a finalidade da regra. Os advogados de diversos litisconsortes não podem retirar os autos de cartório, havendo dificuldade de consultá-los, pois precisam, frequentemente, deslocar-se à sede do juízo para verificar se há alguma novidade ou para confirmar algum elemento contido nos autos. Para "compensar"

essa dificuldade, o legislador conferiu prazo em dobro. Essa finalidade, como é evidente, não se faz presente quando os advogados, embora diversos, integram o mesmo escritório.

Segundo entende o STJ, o prazo para interposição do agravo contra denegação de recurso especial (CPC, art. 544) não deve ser contado em dobro, ainda que se trate de recurso interposto por litisconsorte com procurador diferente.1 1 1 O STJ entende que o art. 1 9 1 do CPC não se aplica ao agravo contra denegação de recurso especial, pois cada litisconsorte, ainda que representado por procurador diferente, irá insurgir-se contra uma decisão diferente. Cada recurso especial terá sido inadmitido, na origem, por uma decisão própria, cabendo um agravo próprio ele cada uma, não havendo razão para aplicação do referido dispositivo. A situação equivale, mutatis 11111/andis, àquela contida no enunciado 641 da Súmula do STF.

O terceiro exemplo diz respeito ao conteúdo do enunciado n. 256 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "O sistema de 'protocolo integrado'

não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça". Este enunciado, em razão da inclusão do parágrafo único do art. 547 do CPC, não tem mais sentido. A razão de ser dessa proibição era a ausência de regra expressa no CPC, que autorizasse a criação de protocolos descentralizados. O

STJ j á decidiu, porém, que, a partir da vigência da Lei 1 0.352, de 200 1 , ficou legitimada a possibil idade de util ização dos protocolos integrados, inclusive 1 1 1 . STJ, 3' T., AgRg no Ag n. 435.41 2/RS, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,j. em 24.06.2002, publicado no DJ 02.09.2002, p. 1 88; STJ, 3• T., AgRg

no Ag n. 3 14.788/SP, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,j. em 05. I 0.2000, publicado no DJ 20. 1 1 .2000, p. 295; STJ, 4' T., EDcl no Ag n. 672.853/DF, rei.

Min. Barros Monteiro, j. em 15.1 2.2005, publicado no DJ 03.04.2006, p. 355.

63

para recebimento de recursos especiais e extraordinários112• Em 23.02.2006, o Pleno do STF, por unanimidade, entendeu, corretamente, que o sistema de protocolo integrado aplica-se à instância extraordinária, reformando a decisão do relator (que se retratou), que não conhecera do recurso por intempestividade (AI n. 507.874). Em maio de 2008, o STJ, acolhendo os argumentos suscitados, decidiu por revogar o n. 256 da súmula da sua jurisprudência predominante que, de fato, após a Lei n. 1 0.352/200 1 , não tinha mais sentido (AgRg no Ag 792.846-SP, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rei. para acórdão Min.

Luiz Fux, j. em 2 1 .5.2008).113

A quarta situação examinada refere-se ao recurso interposto por fac-símile (fax). De acordo com a Lei Federal n. 9.800/1999, é possível a prática de qualquer ato processual escrito por meio de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar (art. 1 º). Essa prática não acarreta qualquer prejuízo em relação ao cumprimento dos prazos, pois a parte está autorizada a entregar os originais, em cartório, no máximo, no prazo de cinco dias contados da data do término do prazo que tinha para praticar o ato. O STJ

interpretou este dispositivo da seguinte forma: a) O prazo para apresentação de original em recurso apresentado via fac-símile que findar em final de semana, feriado ou dia em que não houver expediente forense ficará prorrogado até o primeiro dia útil seguinte a esta data (aplica-se o § 1 ° do art. 1 84 do CPC);114

b) Este prazo de j untada dos originais não se soma ao prazo recursai, em razão da preclusão consumativa: "assim, com o recebimento do recurso oferecido viajàc-símile, encerra-se o prazo recursai, passando imediatamente a ter início 1 12. STJ, I' T., Edcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 454. 1 79-SP, rei. Min. Teori Zavascki,j. 2 1 .08.2003, DJU de 06.1 0.2003.

1 13. Ao apreciar o agravo regimental no agravo de instrumento no qual o agravante sustentava que deve prevalecer o entendimento da Lei n. 1 0.352/200 1, a Cone Especial, ao prosseguir no julgamento, por maioria, deu provimento ao agravo rcgimenlal e revogou a Súmula n. 256 deste Superior Tribunal. O Min. Luiz Fux, em seu voto-vista, explicitou que a mencionada lei alterou o parágrafo único do art. 547 do CPC

visando a permitir que, em todos os recursos, não só no agravo de instrumento (art. 525, § 2º, do CPC), pudesse a parte interpor sua irresignação por meio do

protocolo integrado. Para o Min. Luiz Fux, atenta contra a lógica jurídica conceder o referido beneficio aos recursos interpostos na instância local, onde há mais comodidade oferecida às panes do que com relação aos recursos endereçados aos tribunais superiores. A tendência ao efetivo acesso à Justiça, demonstrada, quando menos, pela própria possibilidade de interposição do recurso via fax, re\ela a inequivocidade da ratio esscadi do artigo 547, parágrafo único, do CPC, aplicável aos recursos em geral e, a foniori, aos Tribunais Superiores. Este Tribunal Superior já assentou que a Lei n. 10.352/200 I, ao allerar os artigos 542 e 547 do CPC, afastou o obstáculo à adoção de protocolos descentralizados. Essa nova regra processual, de aplicação imediata, orienta-se pelo critério da redução de custos, pela celeridade de tramitação e pelo mais facilitado acesso das panes às diversas jurisdições. Precedente citado do STF: AgRg no Al 476.260-SP, DJ 16/612006.

1 14. EREsp n. 489226, publicado no noticiário eletrônico do STJ, em 03.1 0.2005.

o prazo para a entrega da petição inicial original enviada eletronicamente";1 1 5

c) "o texto original do recurso interposto por fax deve ser entregue em juízo, necessariamente, até cinco dias do respectivo protocolo, nada importando que o termo inicial dessa prorrogação recaia em sábados, domingos e feriados, porque o prazo é contínuo". 116

I nterpretando a Lei n. 9.800/1 999, a Corte Especial do STJ entendeu possível a

interposição do agravo de instrumento por fax, desacompanhado das peças que deveriam compor esse mesmo instrumento. A Min. Relatora firmou que a referida lei nada diz a respeito da transmissão das peças ou documentos que guarnecem a petição e que ela deve ser interpretada no sentido de dispensar a parte dessa exigência, visto não lhe aproveitar qualquer benefício, dado que suas razões têm de estar prontas no prazo do recurso e as peças a serem juntadas não podem ser modificadas, além de não existir prej uízo à parte contrária, que tem vista dos autos só após o protocolo dos originais. Em divergência, o M i n. Luiz Fux ponderou que a via do fax não exonera a parte do atendimento, no momento da transmissão, das exigências legais quanto ao ato processual específico (art.

l º, parágrafo único, da Resolução n. 1 79/1 999 do STF), sendo necessária a conjunta transmissão a fim de aferir a coincidência entre o que é transmitido e os originais (arts. 4° e 5º da retrocitada lei), além de permitir soluções de urgência. Anotou, por último, que é justamente a formação do instrumento que diferencia este agravo do retido, sendo certo que a falta de peças leva à inadmissão pela ausência de requisito de admissibilidade extrínseco consistente na regularidade formal. Embora as ponderações do Min. Luix Fux sejam bastante coerentes, o entendimento que prevaleceu segue a linha adotada neste curso, de que é preciso interpretar as regras processuais em favor da admissibilidade do procedimento, como foi o caso (REsp n. 90 1 .556-SP, Rei. Min. Nancy Andrighi, j. em 2 1 .5 .2008).

Como se vê, a Corte Especial do STJ entendeu possível a interposição do agravo de instrumento por fac-símile, desacompanhado das peças que deveriam 1 1 5. STJ, l' Seção, AgRg no AgRg nos EREsp 406.948/RS, rei. Min. Denise Arruda, j. 27.04.2005, DJ de 30.05.2005. Há decisão do STF, porém, em outro senlido, RHC n. 86.952/, rei. Min. Marco Aurélio, j.

13.02.2007: "A dilação prevista para a apresentação do original tem como termo inicial a data do término do prazo assinado para a prática do ato e não aquela alusiva ao recebimento do fac-símile - inteligência do artigo 2º, cabeça e parágrafo, da Lei n. 9.800/99".

1 1 6. Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, EREsp 687.361/GO, rei. Min. Ari Pargendler, j. 1 9/6/2006, DJ de l º/8/2006, p. 336. Nesse mesmo sentido, entende o STF que "o prazo adicional de 5 dias, previsto na Lei n. 9.800/99, é contínuo e peremptório, ainda que o seu início não recaia em dia útil." (Acórdão unânime da 2' Tunna do STF, R.E-AgR-ED-AgR 456.666/PR, rei. Min. Eros

Grau, j. 28/1 1/2006, DJ de 9/2/2007' p. 52).

65

compor esse mesmo instrumento, devendo os originais conter a integralidade das cópias obrigatórias.

Discute-se se a interposição por correio eletrônico assemelha-se à interposição

por fax. Ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 9 1 6.506/RN, relator M inistro Paulo Gallotti (DJ de 24.09.2007, p. 289), a 6ª Turma do STJ entendeu que o correio eletrônico (e

-mail) não pode ser considerado similar aofac-simile para efeito de aplicação do art. 1° da Lei nº 9.800/ 1 999, não admitindo a interposição de recurso por e-mail . Nos tem1os da Resolução nº 2, de 24 de abril de 2007, que disciplina o recebimento de petição eletrônica no âmbito do STJ, somente se permite tal forma de aj uizamento nos processos de competência originária do Ministro Presidente, no habeas corpus e nos recursos em habeas corpus. Não foi esse, contudo, o entendimento manifestado pela Seção de Dissídios Individuais (SDl-1) do TST, que entendeu possível a interposição de recurso por correio eletrônico, fundamentando-se na prerrogativa constitucional da ampla defesa e na aplicação da Lei nº 9.800/1 999, que tem caráter geral e alcança o e-mail, desde que apresentado o original no prazo de até cinco dias após o fim do prazo recursai (E-A J RR- 1 .246/2002-079- 1 5-4 1 .2, relator Ministro Lelio Bentes Corrêa). Este segundo entendimento ajusta-se ao que vem sendo defendido neste Curso: o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional exige que sejam suplantadas barreiras que impeçam o conhecimento dos recursos. É

bem verdade que há ainda receio e temor quanto à prática de atos processuais eletrônicos, justamente por imaginar-se que não se tem garantia de utilização de meios seguros que atestem a autenticidade dos atos praticados. N o caso, não parece haver tal risco, exatamente porque o original deve ser apresentado em cinco dias, tal como exige a Lei nº 9.800/ 1 999, confirmando-se a autenticidade e regularidade do recurso interposto. Impõe-se, enfim, perfilhar essa orientação ministrada pelo TST, de sorte que o recurso pode ser interposto por fac-símile ou por e-mail, desde que apresentado o original em até cinco dias após o fim do prazo recursai.

Lembre-se, ainda, que o mesmo STJ editou o enunciado n. 2 1 6 da súmula da sua jurisprudência predominante: "A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e nã.o pela data da entrega na agência do correio".

Há uma quinta hipótese que merece registro. Se a divulgação do andamento processual pelos tribunais contém um equívoco na informação da publicação da decisão, a paiie, que nela confiou e contou o prazo a partir daqueles dados, não pode ser prejudicada. Em outras palavras, se há uma informação equivocada 66

no site do tribunal a respeito da intimação da decisão, esse equívoco não pode prejudicar a parte que confiou na informação. Nesse caso, o prazo, ainda que errado, deve ser admitido como coITeto, em razão da boa fé da parte que acreditou na confiabilidade transmitada pela informação oficial. Deve-se, enfim, afastar o rigor excessivo na contagem dos prazos processuais quando o descumprimento decorre de fato que não dependeu da vontade da parte, mas resultou diretamente de erro cometido pelo próprio Judiciário.

Em julgamento realizado no dia J 7 de dezembro de 201 2, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.324.432/SC, rei. Min. Herman Benjamin, considerou ternpestivos embargos à execução que foram apresentados fora cio prazo por erro em site de tribunal. Embora o caso refira-se a embargos à execução, a ratio decidendi do precedente aplica-se a qualquer recurso ou meio de impugnação. Ao analisar o caso, o Ministro relator lembrou que o precedente mais recente da Corte Especia 1 do STJ sobre o tema era de 2007 (EREsp 5 1 4.41 2), em sentido contrário ao reconhecimento da validade do ato, apesar do eITo no site oficial, o que, no entender do relator, abre a possibilidade de revisão do posicionamento do Tribunal. O ministro citou que a 3ª Turma, em 201 1 , entendeu que "o equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configUJa justa causa a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte" (REsp 960.280). Em outro recurso,julgado no mesmo ano, a 3ª Tutma afirmou que se deve "prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional". Em ambos os casos, a Turma ai inhou-se à Lei 1 1 .4 1 9/06 (lei do processo eletrônico), que retirou força da tese de que "as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais somente possuem cunho informativo" (REsp 1 1 86 276)

.

.

.

8.3. 7. Regularidade.forma/. A regra da dialeticidade dos recursos Para que o recurso seja conhecido, é necessário, também, que preencha determinados requisitos formais que a lei exige; que observe "a forma segundo a qual o recurso deve revestir-se".117

Assim, deve o reco1Tente, por exemplo, sob pena de inadmissibilidade de seu recurso: a) apresentar as suas razões, impugnando especificamente as razões da decisão recorrida;118 b) juntar as peças obrigatórias no agravo de instrumento; 1 1 7. NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos - Pri11cípiosf11ndamentais, 5 cd. RT, 2001, p. 3 1 4.

1 1 8. A propósito, o verbete 1 82 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "É

inviável o agravo do arl. 545

do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada". Na mesma linha, a 67

FREDIE DLDIER JR. E LEONARDO CAR EIRO DA CUNHA

c) j untar, em caso de recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, a prova da divergência, bem como transcrever trechos do acórdão recon-ido e do aresto paradigma (art. 54 1 , par. ún., CPC; art. 255, §2°, RJSTJ,

respectivamente); d) afirmar, em tópico ou item preliminar do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral; e) formular pedido de nova decisão (errar in iudicando) ou de anulação da decisão recorrida (errar in procedendo); f) o agravo retido interposto contra decisão proferida em audiência deve ser i nterposto oralmente (art. 523, §3º, CPC); g) à exceção do agravo retido, no exemplo mencionado, e dos embargos de declaração em Juizados Especiais Cíveis (art. 49, Lei Federal n. 9.099/95), que podem ser interpostos oralmente, os demais recursos deverão ser interpostos por petição escrita, sendo-lhes vedada a interposição por simples cota nos autos, "tendo em vista até mesmo a impossibilidade da aferição da tempestividade, pois a inexistência do registro de ingresso no protocolo do órgão judicial impede a contagem do prazo recursal"119 etc.

O recurso deve ser subscrito por advogado legalmente constituído. Mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em que se confere à própria parte a capacidade postulatória, o recurso bá de ser subscrito por advogado. Na verdade, o advogado, no recurso, representa a parte, devendo, então, exibir a procuração.

Não havendo procuração, deve-se aplicar o art. 1 3 do CPC para que o advogado regularize a representação, sob pena de não ser admitido o recurso. O STF e o STJ, no âmbito dos recursos excepcionais, não aceitam a aplicação do referido art. 1 3 do CPC, adotando a orientação de que, nã.o havendo procuração, não se conbece do recurso. A propósito, o enunciado 1 1 5 da Súmula do STJ estabelece que "na instância especial, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos".

Ao julgar o AgRg no Agravo de Instrumento n. 1 .023.724/RS, rei. Min.

Luiz Fux, a J ª Turma do STJ entendeu que "na hipótese de ocorrer modificação na denominação social da empresa, faz-se mister a apresentação da procuração da empresa com a nova denominação social, sob pena de não conhecimento do recurso."

Não parece adequado tal entendimento. A modificação oa denominação da sociedade empresária não constitui causa de extinção do mandato. As causas de extinção do mandato estão previstas no art. 682 do Código Civil, não se incluindo súmula 04 do 1 ° TACiv-SP: "Não se conhece de apelação quando não é feila a exposição do direito e das razões do pedido de nova decisão".

1 1 9. SOUZA, Bemardo Pimentel. fntrod11ção aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 2 cd. Belo Horizonte: Maza Edições, 2001, p. 92.

ali a mudança na denominação social do mandante. A simples mudança do nome não altera a personalidade. Ainda que houvesse a alteração da personalidade jurídica, a nova pessoa assume, em caráter de sucessão, os direitos e obrigações

da pessoa extinta, sendo válidos os contratos e procurações anteriormente celebrados, a não ser que sejam revogados expressamente. Não é necessária nova procuração, nem se impõe a inadmissibilidade do recurso se não houver tal procuração nova, com o nome atual da pessoa jurídica.

"Princípio da dia/eticidade ". A doutrina costuma mencionar a existência de um princ ípio da dia/eticidade dos recursos120. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Rigorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se.

8.3.8. Preparo

O preparo consiste no adiantamento das despesas relativas ao processamento do recurso. À sanção para a falta de preparo oportuno dá-se o nome de deserção121•

Trata-se de causa objetiva de inadmissibilidade, que prescinde de qualquer indagação quanto à vontade do omisso. O preparo há de ser comprovado no momento da interposição122 (art. 5 1 1 , CPC) - anexando-se à peça recursai a respectiva guia de recolhimento -, se assim o exigir a legislação pertinente, inclusive quanto ao pagamento do porte de remessa e de retorno.

Segundo entende o Superior Tribunal de Justiça, o preenchimento equivocado ou a falta de algum dado na guia de recolhimento dos valores relativos ao preparo acarreta a deserção do recurso, devendo este não ser admitido.

Para que se considere realizado o preparo, basta que o valor tenha sido efetivamente pago mediante guia própria. Se, entretanto, o pagamento for feito por guia diversa, 120. N ERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos, 6 ed. cil., p. 1 76-178.

1 2 1 . Rigorosamente, não é caso de deserção, que significa abandono. O caso é de interposição defeituosa de recurso. Com a nova configuração do preparo, que tem de ser feito previamente, não há mais espaço para o abandono do recurso, pela deserção, caracterizado pela não efetuação do preparo cm momento

posterior.

Sobre o tema, DfNAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Proces�·o Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 997, p. 1 64, nota 1 ; FERREIRA, William Santos. "Sistema recursai brasileiro: de onde viemos, onde estamos e para onde (talvez) iremos". linhas mestras do processo civil. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 697.

122. Em sentido diverso, admitindo a comprovação posterior do preparo, desde que ainda dentro do prazo do recurso, DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1 997, p. 164. Sobre a discussão, amplamente, JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1 6 1 , notas 226 e 227.

N

mas houver identificação das partes e do processo, deve-se aproveitar o preparo e ter como admissível o recurso. A propósito disso, a Corte Especial do STJ, ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 648.472-BA, rei. Min. Teori Albino Zavascki, eatcndeu que o pagamento do porte de remessa e retorno dos autos, embora efetuado por guia imprópria (DAJ) em vez da guia própria (DARF), é válido e deve ser considerado, exatamente porque todos os

dados estavam identificados, não havendo prejuízo. Ademais, a resolução que alterou o tipo de guia a ser utilizada só havia entrado em vigor um dia depois da realização do preparo, não podendo retroagir para prejudicar a parte recorrente.

A Corte Especial do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1 .090.683-MG, rei. Min. Teori Albino Zavascki, entendeu ser possível o preenchimento manual do campo correspondente ao número do processo na guia de recolhimento relativa ao porte de remessa e retorno dos autos. ão havendo erro ou dúvida no preenchimento da guia, deve ser aceito o preparo realizado, admitindo-se o recurso.

esse mesmo sentido. a 4ª Turma do STJ, ao julgar os Embargos de Declaração no AREsp 8 1 .985/RS, rei. Min. Antonio Carlos Ferreira, entendeu que "estando a guia devidamente preenchida, nos tern10s da respectiva resolução do STJ, inclusive com a devida anotação do número de referência, a correspondência entre o seu código de barras e aquele constante no comprovante de pagamento juntado aos autos permite demonstrar a que processo se refere o pagamento das custas e do porte de remessa e retorno, ainda que não conste, no comprovante, o número do processo".

Em razão do disposto no § 4° do art. 5 1 5 do CPC, não se deve mais reconhecer a imediata deserção. A ausência de preparo constitui, a toda evidência, um vício sanável. Assim, em aplicação ao citado § 4° do art. 5 L 5 do CPC, o recorrente deve ser intimado antes de se aplicar a pena de deserção, a fim de que possa, no prazo que lhe for fixado, efetuar o preparo. Não efetuado, deve

-se reconhecer a deserção. Diversamente, cumprida a d i 1 igência, prosseguirá o julgamento do recurso.123

Antes da reforma de 1994 (complementada com a de 1 998), o pagamento do preparo somente seria efetuado se o recurso fosse admitido pelo órgão a quo, antes da subida ao órgão ad quem, como condição de processamento do recurso. A parte deveria ser intimada para esse pagamento e teria um prazo para efetuá-lo sob pena de deserção.

Enunciado n. 1 9 da súmula da jurisprudência do TJ/DF: "O preparo do recurso há de ser comprovado no momento de sua interposição, ainda que remanesça parte do prazo para seu exercitamento, sob pena de deserção".

123. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no

âmbito recursai (o § 4° do art.

5 1 5 do CPC)". Os poderes do juiz e o comrole das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambie1: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Lua na Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coords.). São Paulo: RT, 2008, p. 764; FRElRE, Rodrigo da Cunha Lima. "'Ausência de preparo e o novo § 4° do art. 5 1 5 do CPC: técnica a serviço da efetividade". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 94.

Conclusão n. 02 do lX Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "O não preparo do agravo, concomitante à sua interposição, embora feito dentro do prazo recursai, determina deserção". 12'1

Ver, porém, a seguinte decisão do STJ: "Não há desobediência ao art. 5 1 1 do CPC

se a juntada do preparo é feita em momento posterior à interposição do recurso,

ambas durante as férias forenses, quando há suspensão dos prazos. Precedentes citados: REsp 277.284-DF, DJ 12/3/200 1 ; REsp 1 88.955-MG, DJ 8/3/1 999, e REsp 149.224-MG, DJ 1 5/1211 997". (REsp 633.4 1 9-RS, Rei. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 2. 1 2.2004, Informativo n. 22 1 do STJ).

O valor do preparo é o da soma, quando for o caso, da taxa judiciária e das despesas postais (portes de remessa e de retorno dos autos). O parágrafo único do art. 5° da Lei n. 1 1 .636/2007, que cuida do regime de custas perante o STJ, prescreve que "o preparo compreende todos os atos do processo, inclusive a baixa dos autos.

No sistema dos Juizados Especiais Cíveis, entretanto, é possível a efetivação do preparo do recurso contra a sentença em até 48 horas após a sua interposição, conforme o art. 42, § 1 º, da Lei Federal nº 9.099/95. 125 Ainda excepcionalmente, deve-se lembrar da regra especial prevista no art. 1 4, 1 1 , da Lei Federal nº

9.289/96126, aplicável aos feitos pendentes na Justiça Federal, que permite a efetivação do preparo da apelação ou do recurso ordinário constitucional (interposto contra sentença, nas causas internacionais previstas no art. 1 09, II, CF/88), dentro do prazo de cinco dias após a interposição do recurso127• Todo este regramento se aplica ao recurso do terceiro.

1 24. Enunciados lembrados por SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod11ção aos recursos cíveis e à ação resc isória.

3 cd. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1 1 O.

125. Lei Federal 9.099/95, arl. 42, § 1°: "O preparo será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção."

126. Lei Federal 9.289/96, arl. 14, 11: "O pagamento elas custas e contribuições devidas nos feitos e nos recursos que se processam nos próprios autos efetua-se da forma seguinte: (. . .) li - aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade elas custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena ele deserção; . . . " Em sentido contrário ao quanto afirmado no texto, entendendo que a Lei Federal n.0 9.756/98 revogou a LF 9.289/96, e, assim, a apelação na Justiça Federal submete-se ao mesmo regramento geral, JORGE, Flávio Cheim.

Apelaçclo civel. São Paulo: RT, 1998, p. 197; O STJ entende que, no âmbito da Justiça Federal, não se aplica o art. 5 1 1 do CPC, ele forma que o prazo para preparo é de 5 (cinco) dias contados ela intimação do recorrente para esse fim, tal como estabelece o aludido art. 14, li, da Lei nº 9.289/1996. Nesse sentido: acórdão unânime da !"Turma cio STJ, REsp460.464/MG, rei. Min. Humberto Gomes de BaiTOs,j. 1 8.2.2003, publicado no DJ de 17.3.2003, p. 190; acórdão unânime da 2" Turma cio STJ, AgRg no REsp 438.377/

DF, rei. Min. Paulo Medina, j. 26. 1 1 .2002, publicado no DJ de 23.6.2003, p. 322; acórdão unânime da l"

Turma do STJ, REsp 675.053/PE, rei. Min. Luiz Fux,j. 20.9.2005, publicado no DJ ele 10.1 0.2005, p. 233; acórdão unânime da 2" Turma cio STJ, R Esp 552.994/PE, rei. Min. João Otávio de Noronha,j. 7.1 1 .2006, publicado no DJ de 5 . 1 2.2006, p. 246.

127. A regra não se aplica nos processos que tramitam perante o juízo estadual com competência federal (art.

109, § 3º, CF/88). Isso porque, como o serviço judiciário está sendo prestado pela Justiça Estadual, são as normas estaduais, que regulam o pagamento das despesas processuais, as que devem ser aplicadas. Não 7 1

FR.EDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, União, Estados, Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal, como o beneficiário da justiça grah1ita (§ 1 º do art. 5 1 1 , CPC; art. 3º, Vll, Lei n. 1 .060/1 950, acrescentado pela Lei Complementar n. 1 32/2009).

Importante frisar o enunciado n. 178 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "O fNSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos,

nas ações acidentárias e de beneficias propostas na Justiça Estadual". Esse enunciado, porém, parece estar em contradição com a Lei Federal n. 9.028/1995. É que a Medida Provisória n. 2 . 1 80-35/2001, alterou a Lei Federal 9.028/ 1 995, que passou a dispor: "Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, seja no polo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele".

A Medida Provisória parece que, no caso, sofre do vício da inconstitucionalidade, pois, não obstante nonna federal, confere isenção de tributo estadual (a taxa judiciária), o que lhe é proibido por força do arl. 1 5 1 , I I I , da CF/88. O STJ, por isso mesmo, pem1anece aplicando o referido enunciado: 6" T., REsp n. 1 8 1 .874/RS, rei. Hamilton Carvalhido, j. 27.04.2004, publicado no DJ de 28.06.2004, p. 423.

Há recursos que dispensam preparo: o agravo retido (art. 522, par. ún., CPC), os embargos infringentes de alçada (art. 34 da Lei Federal n. 6.830/1 980),128 o agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial ou extraordinário, os recursos no ECA (art. 1 98, I, Lei Federal n. 8.069/1 990)129, o agravo interno (art. 557, § l º, CPC)13º e os embargos de declaração (art. 536, CPC).

A legislação que regula as ações coletivas dispensa expressamente os legitimados coletivos do adiantamento de custas, emolumentos e quaisquer outras despesas processuais. Significa que tal legislação afasta, no âmbito das ações coletivas, a aplicação do disposto no art. 5 1 1 do CPC. Não há, enfim, preparo nos recursos interpostos no processo coletivo por um dos legitimados coletivos.

A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recon-ente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias (§ 2º do art. 5 1 1 , CPC). Essa é ocioso lembrar que as custas judiciais consti1uem tributo da espécie taxa. Pendendo a causa na Justiça Estadual, o tributo cobrado é igualmente estadual, submetendo-se à legislação do Estado-membro onde tramita a causa.

128. SOUZA, Bernardo Pimentel. ·'Embargos infringentes de alçada". Revista de Direito Processual Civil.

Curitiba: Génesis, 2003, n. 28, p. 225.

J 29. O STJ paci.ficou o entendimento de que essa isenção somente se destina às crianças e adolescentes - demais entes jurídicos que participem de processo jurisdicional regulado pelo ECA não estão, por isso, dispensados do pagamento do preparo (STJ, I' T., AgRg no REsp n. 996.558, rei. Mia. Benedito Gonçalves,j. em 15.12.2009, publicado no DJe de 02.02.2010).

130. STJ, 3'T., Resp a. 435.727/PR, rei. Min. Castro Filho,j. 14.06.2004, publicado no DJ de 0 1 .07.2004, p. 189.

intimação pode ser feita tanto pelo juízo a quo, quanto pelo ad quem131 • Preparo insuficiente é preparo feito; preparo que não foi feito não pode ser adjetivado.

I nsuficiente é o preparo feito a menor, qualquer que seja o valor. Isto significa que a deserção, por insuficiência do preparo, é sanção de inadmissibilidade que somente pode ser aplicada após a intimação do recorrente para que proceda à complementação. Como se trata de regra que facilita o conhecimento dos

recursos, deve ser interpretada elasticamente, tendo em vista a premissa adotada neste livro, de que o j uízo de admissibilidade dos recursos submete-se aos sistemas das invalidades processuais.

O julgamento de uma reclamação no STJ trouxe à tona esse tema: o reconhecimento da deserção de um recurso em razão de preparo insuficiente (Reclamação n. 4.278-RJ,j. em 05.05.201 1). No caso, faltavam ao preparo dois centavos de real (R$ 0,02).

Discutia-se a aplicação da regra do § 2° do art. 5 1 1 do CPC, que impõe a intimação do recorrente para complementar o preparo antes do juízo de inadmissibilidade do recurso, ao microssistema dos Juizados Especiais.

O STJ não conheceu da reclamação. Entendeu que a reclamação regulada pela Resolução n. 1 2/2009 do STJ, ajuizada contra ato de turma recursai, somente é cabível para consolidar a interpretação do direito "substantivo" federal; não caberia, enfim, para a unifom1ização da jurisprudência em matéria de direito processual federal (sobre o tema, ver capítulo sobre a reclamação constitucional, neste volume do Curso). Nada obstante o juízo de inadmissibilidade da reclamação, a relatora, em obiter dictum, afirmou que, se enfrentasse o mérito, não acolheria a pretensão da autora, porque a regra do CPC é geral e não se aplica ao microssistema processual dos Juizados, que não a reproduz.

A decisão assusta e entristece.

Assusta, pois o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a absurdez de uma decisão que não conhece o recurso em razão do não pagamento de dois centavos.

Não conhecer um recurso pela falta de preparo já é comportamento questionável, mas, de qualquer maneira, é imposto pela ordem jurídica brasileira.

Sucede que o inadimplemento, no caso, é mínimo; em tais situações, o princípio da boa-fé impede que dele resultem consequências desproporcionais, tal como, no caso, o não conhecimento do recurso. A teoria do adimplemento substancial, corolário do princípio da boa-fé, já foi reconhecida inclusive pelo mesmo STJ.

A regra do § 2° do arl. 5 1 1 é uma concretização deste princípio132•

Não há quem afirme que, no microssistema dos Juizados Especiais, não vigora o princípio da boa-fé processual. A eficácia desse princípio não depende de regras

que o concretizem: do princípio da boa-fé, podem ser extraídas diretamente diversas 1 3 1 . SOUZA, Bernardo Pimentel. /11troduçcio aos recursos cíveis e à açcia rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1 1 2.

132. DIDIER Jr., Frcdie. "Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2009, n. 176, p. 335-340.

situações jurídicas processuais. No caso, apontam-se duas: o direito à complementa

ção do preparo substancialmente feito e o dever de o órgão jurisdicional determinar a complementação do preparo, como etapa prejudicial ao juízo de inadmissibilidade (não feita a complementação, o recurso não seria conhecido).

A interpretação de que § 2° do art. 5 1 1 não se aplica no âmbito dos Juizados Especiais, cuja lei não contém texto normativo idêntico, entristece também.

Ela revela a) a confusão entre texto e norma (não haveria norma sem texto), b) o desconhecimento sobre a função da regra do § 2º do art. 5 1 1 do CPC (tutelar a boa

-fé) e e) a ignorância sobre a eficácia nom1ativa do princípio da boa-fé processual, já reconhecido pelo STF como conteúdo mínimo do devido processo legal. '33

O art. 5 1 9 do CPC prevê a possibilidade de relevação da deserção, em casos de apelação, quando o recorrente provar o justo impedimento (greve bancária, enchente, dúvida escusável quanto à exigência de preparo para a interposição do recurso, como acontece, p. ex., em alguns tribunais, que exigem o preparo para o agravo interno, que não o possui, como visto etc). Embora o dispositivo esteja na parte relacionada à apelação, é de aplicação geral. Trata-se da especialização da regra geral do art. 183 do CPC, o que implica afirmar que, em todo e qualquer recurso, é possível a relevação da deserção em tais situações. O parágrafo do art. 5 1 9 reputa irrecorrível a decisão que concede prazo para o recorrente efetuar o preparo, pela absoluta falta de interesse, porquanto qualquer objeção que porventura possa fazer, será objeto de exame pelo órgão "ad quem", como preliminar de conhecimento em suas contrarrazões. Contra a decisão que denega o pedido de relevação da deserção cabe agravo de instrumento, se a decisão for do órgão a quo, ou agravo interno, em se tratando de decisão do relator.

Se o recurso foi protocolado dentro do prazo, durante o expediente forense, mas após cessado o expediente bancário, vindo o preparo a ser efetuado no primeiro dia útil subsequente à atividade bancária, não há deserção (n. 484 da súmula do STJ).

Justiça gratuita. Caso o recorrente deseje auferir os benefícios da justiça gratuita, deverá requerê-los no próprio recurso, para que o órgão de interposição (a quo, normalmente) ou o relator os conceda. Prevê o art. 6° da Lei Federal nº

l .060/50: "O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência. A petição, neste raso, será autuada em separado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente".

Não se pode levar ao extremo a literalidade do dispositivo, a impor ao recorrente a elaboração de duas petições (a do recurso e a do requerimento da assistência 133. Flávio Cheim Jorge adota uma interpretação restritiva deste dispositivo. Para o autor capixaba, não se aplica o enunciado quando o valor do preparo for fixo (aquele que independe das peculiaridades do caso concreto). Defender posição contrária significa ir na comramão da reforma, pcm1itindo que as partes sempre recoU1am valores inferiores ao incontroversameme previsto e interfiram 110 trâmite processual previsto pelo legislador. (Teoria geral dos recursos civeis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1 65.) 74



judiciária). Seria formalidade excessiva e desnecessária. O que se quer afirmar, com razão, é que, já tendo postulado (apresentado a sua peça inicial: petição inicial, contestação, recurso, se terceiro) a parte somente poderá requerer ajustiça gratuita promovendo um incidente com este objetivo. Se o autor pode requerer os benefícios na petição inicial, retirar esta possibilidade do réu (na contestação) e do terceiro (na sua petição de ingresso, no caso, o recurso) seria, além de tudo, interpretação em dissonância com o princípio da igualdade.

Antes mesmo de analisar a admissibilidade do recurso, o juízo a quo deverá manifestar-se sobre o pedido de gratuidade - que é questão prejudicial ao exame do requisito de admissibilidade "preparo". Poderá exigir a comprovação da situação de pobreza, caso em que, se não o fizer o requerente, indeferirá o pedido e, aplicando por analogia o art. 5 1 9 do CPC, relevará a pena de deserção, fixando prazo para que a parte efetue o respectivo preparo. Somente se o recorrente não efetuar este pagamento, a despeito de devidamente intimado para tanto, é que se p oderá ter por deserto o recurso. É possível que, caso a caso, o comportamento da parte, ao requerer o benefício da gratuidade, revele-se temerário, mas isso não quer dizer que, sempre que realizado o pagamento, após o indeferimento do pedido, terá havido má-fé processual por parte do requerente. O exame deverá ser feito sempre in concreto.

A denegação do pedido pelo juízo a q110, em se tratando de juiz singular de primeira instância, ensejará a interposição de agravo de instrumento. Trata-se de exceção ao caput do art. 522 do CPC, que prevê, como regra, a interposição de agravo retido contra as decisões posteriores à sentença. Não se poderia manejar aí o agravo retido porque este recurso, para ser conhecido, como se sabe, depende do juízo de admissibilidade positivo da apelação. Se se tratar de decisão denegatória proferida pelo presidente do tribunal a quo, nos casos dos recursos extraordinários, o recurso a ser manejado será o agravo do art. 544 do CPC.

Em ambos os casos, o recorrente estará dispensado, até que sobrevenha decisão definitiva sobre o pedido de gratuidade, de adiantar quaisquer despesas ou de efetuar o preparo, seja do recurso principal (apelação, recurso especial ou recurso extraordinário), seja do agravo de instrumento do art. 524 do CPC. Apenas por segurança, porém, a fim de precaver-se de eventuais entendimentos contrários, poderá o recorrente pleitear, para livrar-se do preparo do agravo de instrumento do art. 524 do CPC, o benefício na própria petição recursai dirigida ao juízo ad quem; para livrar-se do preparo do recurso principal, poderá também pleitear a antecipação dos efeitos da tutela recursai, na forma dos arts. 527, 111, e 558, ambos do CPC.

Sendo deferido o pedido, seja no juizo a quo ou no ad quem, por óbvio que, tal como se vem dizendo, o deferimento da gratuidade aqui somente repercutirá para o futuro, desde o valor do preparo do recurso em diante. Por conta disso, eventual condenação ao pagamento de custas e de honorários imposta pela sentença recorrida não poderá ter, mesmo que deferida a gratuidade solicitada no recurso, sua exigibilidade suspensa: por ela responderá normalmente o

beneficiário que somente auferiu o benefício em grau recursai. Haverá, contudo, suspensão da exigibilidade pelo prazo do art. 12 da LA.I se o tribunal, a pedido da parte contrária, majorou o percentual devido, por exemplo, a título de 75

honorários advocatícios. Mas, ainda assim, a suspensão restringir-se-á à parcela majorada.134 A Lei n. 1 1.636/2007, que cuida do regime de custas perante o STJ, estabelece, no art. 13, a competência para apreciar o pedido de justiça gratuita:

"A assistência judiciária, perante o Superior Tribunal de Justiça, será requerida ao presidente antes da distribuição, e, nos demais casos, ao relator. Parágrafo único. Prevalecerá no Superior Tribunal de Justiça a assistência judiciária já concedida em outra instância.

O valor do preparo não será devolvido, mesmo se o recurso não for conhecido. Nem mesmo o valor dos portes de remessa e de retorno dos autos (note que, embora se pague antecipadamente pelas despesas com a remessa dos autos, não será devolvido esse valor se a remessa não realizar-se). A propósito do assunto, convém transcrever o art. 8° da Lei Federal n. 1 1 .636/2007, que cuida do regime de custas no STJ: "Não haverá restituição das custas quando se declinar da competência do Superior Tribunal de Justiça para outros órgãos jurisdicionais. Em sentido semelhante, o art. 1 1 da mesma lei: "O abandono ou desistência do feito, ou a existência de transação que lhe ponha termo, em qualquer fase do processo, não dispensa a parte do pagamento das custas nem lhe dá o direito à restituição.

Se houver regra, no regimento interno do tribunal, estabelecendo momento diverso para o preparo, não deve ser reconhecida a deserção, se o preparo for realizado nos termos da regra regimental, pois se deve resguardar a boa-fé objetiva da parte que a considerou, presumindo-se ter sido induzida em erro.'35

O preparo é feito mediante recolhimento de custas em guia própria. O

preenchimento equivocado da guia não deve acarretar a deserção, se restar evidente que a parte efetivamente recolheu as custas. Deve-se, no particular, aplicar o princ ípio da instrumenta/idade das formas: não se atendeu à forma, mas a finalidade foi atingida, aproveitando-se o ato e tendo-o como corretamente praticado. Muitas vezes a parte preenche, na guia de recolhi mento, o número errado do processo, ou equivoca-se no número de seu CPF ou CNPJ. Isso não deve acarretar a deserção, se restar demonstrado que o preparo foi efetivamente realizado. O que importa é que houve o recolhimento aos cofres públicos de valores destinados a custear as despesas com a interposição do recurso, com seu registro, sua autuação e com a remessa dos autos, não se devendo decretar a deserção.

1 34. DIDIER J R., Frcdie, OLI VEJ RA, Rafael. Beneficio da jus liça gratuita. Salvador: Edições JusPODI VM, 2004, p. 36-38.

135. Nesse sentido: acórdão unânime da 4° Turma do STJ, REsp 683.756/RS, rei. Min. Jorge Scartezzini, j.

1 3.09.2005, DJ de 03.10.2005, p. 276; acórdão unânime da 1° Turma do STJ, REsp 530.697/RS, rei. Min.

José Delgado, j. 09.1 2.2003, DJ de 1 5.03.2004, p. 1 7 1 .

TEORIA DOS RECURSOS

8.4. Natureza ju rídica do juízo de admissibilidade

Tendo em vista a premissa aqui estabelecida, segundo a qual o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento (neste caso, o recursai), adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se positivo, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se negativo, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado.136

Mais difícil, porém, é a resposta a uma segunda questão: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos retroativos ou ex nunc?

Tendo em vista que os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a decretação da sua invalidade, o juízo de inadmissibilidade, que decorre da constatação de que o procedimento recursai está defeituoso, tem eficácia ex nunc, respeitando os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento já praticados. Nada impede, porém, que se prevejam hipóteses em que haja retroatividade do juízo de inadmissibilidade, destruindo os efeitos já operados

- desde que se faça isso expressamente, para evitar surpresas aos litigantes.

Nem por isso deixará de ser constitutiva a decisão: não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do CC-2002).

Não é esse, contudo, o pensamento que predomina na doutrina brasileira.

Predomina o entendimento de que o juízo de inadmissibilidade é declaratório negativo, com eficácia retroativa. O mais notável e notório estudo é o de José Carlos Barbosa Moreira, cujas lições, sintetizadas, servem à guisa de demonstração dessa posição divergente.

a) Somente os recursos admissíveis produzem efeitos;137 b) O juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, tem natureza declaratória: "ao proferí-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou

inexistência de tais requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento, que não a 136. Referindo-se ao juízo de admissibilidade dos recursos, Pontes de Miranda: "O ato do juiz que lhes nega seguimento é constitutivo negativo, a despeito da forte dose de declaração. O ato do juiz que manda que subam é declarativo-mandamental". (Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 999, t. 7, p. 8).

137. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 1 cd. cit., p. 256.

gera, mas simplesmente a reconhece";138 c) Exatamente por conta disso, o juízo de admissibilidade negativo tem efeitos retroativos à data em que se verificar a causa da inadmissibilidade.'39

Não se adota esse posicionamento, como visto. Eis os argumentos.

a) Os atos processuais, mesmo os defeituosos, produzem efeitos até o seu desfazimento - mesmo que esse desfazimento se dê por força de invalidação

judicial.

Se a inadmissibilidade é uma sanção de invalidação, o procedimento só se torna inadmissível, mesmo o recursai, após a decisão judicial que decreta a nulificação.

Sendo assim, o procedimento, enquanto não invalidado, produz efeitos, notadamente aqueles relacionados à l itispendência: mantém litigiosa a coisa, impede o trânsito em julgado e a propositura da mesma demanda etc.

b) Em todo juízo constitutivo negativo, notadamente naquele relacionado às invalidades, há o reconhecimento de uma situação de fato anterior, tomada como a premissa fática da decisão que autoriza a criação de uma nova situação jurídica: sanção de ineficácia do ato jur.ídico defeituoso. Por exemplo, na ação rescisória, verifica-se a existência de uma das hipóteses do art. 485 do CPC para, então, desconstituir a coisa julgada. Não é, portanto, característica exclusiva dos juízos declaratórios o reconhecimento de fatos anteriores à decisão.

c) Quanto à retroatividade do juízo de inadmissibilidade à data em que se verificou a causa de inadmissibilidade, não se apresentam maiores problemas de ordem dogmática. Consoante foi apontado, nada impede que o legislador 138. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conll'ntários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed. cit., p. 264. o mesmo seatido, NERY Jr., elson. Teoria geral dos recursos. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266-267; JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos civeis. cit., p. 52, embora não lhe atribua eficácia ex 11111c em todas as hipóteses.

139. "'O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precipuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgiio ad quem; se negativo, o de trancar-lhe essa via.

Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, ele interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursai. Passado cm julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera recurso inadmissível, se este já o era ab i11itio, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição. que não impediu a formação da res iudicata; se o recurso era admissível, e só deixou ele o ser por fato superveniente, a interposição obstou à produção da coisa julgada,

mas o obstáculo desapareceu no momento cm que se configurou a inadmissibilidade posterior. (. . .) Recurso inadmissível, ou tornado tal. não tem a virtude de empeccr ao trânsito em julgado: nunca a teve, ai i, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se incxist.c outro óbice (isto é, outro recurso ai11da admissível, ou sujeiçiio da matéria, ex Pi legis, ao duplo grau ele jurisdição), a coisa julgada ex surge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: não a partir da decisão que a pronu11cia, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste". (MOREIRA. José Carlos Bnrbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. cit., p. 265).

autorize a retroação da eficácia da decisão que invalida o ato jurídico ao momento exatamente anterior ao da prática do ato. Foi essa a opçã.o do legislador civil, pois a inval.idação por nulidade ou anulabilidade determina essa eficácia retroativa.

Há problemas, contudo, examinada a questão do ponto de vista prático - e de olhos fixos no direito fundamental à segurança jurídica.

Adotada a concepção majoritária, se o tribunal, por exemplo, após três anos da interposição da apelação, "declarar" a sua inadmissibilidade, o recurso não terá produzido qualquer efeito, a sentença já estará imune pela coisa julgada e o prazo da ação rescisória, que é de dois anos, já teria escoado. Enquanto pendente o recurso, não se poderia ingressar com a ação rescisória, pois ainda não havia coisa julgada; não admitido o recurso, também não poderá fazê-lo, agora pela razão de que a coisa j u lgada já teria ocorrido. Perder-se-ia, pela decadência (não-exercício em certo prazo), o direito de rescindir a sentença, sem que tivesse sido possível o exercício desse mesmo direito: não se exercitou o direito porque não era possível, mas, a despeito disso, o direito deixou de existir por conta do não-exercício.

A jurisprudência vacila em torno do assunto. Afirma-se que o trânsito em julgado não pode ocorrer enquanto pendente julgamento do recurso, mesmo que, futuramente, este venha a não ser admitido. Ressalva-se, no entanto, a situação do recurso manifestamente intempestivo ou incabível, quando o futuro juízo de inadmissibilidade teria, de fato, eficácia retroativa, reconhecendo o órgão judicial o trânsito em julgado desde a data seguinte ao dies ad quem do prazo para a interposição do recurso.140•141

Também assim, o enunciado n. 100 - súmula do Tribunal Superior do Trabalho:

"J - O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (. . .) IU - Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protrai o termo inicial do prazo decadencial".

140. A síntese do problema encontra-se em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileil'O.

3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 102-103, nora 17. Nesse sentido, por exemplo, STJ, REsp n. 389.216-PR, Rei. Min. Vicente Leal, julgado em 12.3.2002.

1 4 1 . Adota esse posicionamento "intermediário", acrcsccniando hipótese de juízo ele inadmissibilidade com eficácia ex tunc a cio recurso sem preparo, JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54. Bernardo Pimentel Souza afimia, cm outra linha, que o juízo de admissibilidade negativo tem efeito ex 111111c, sem distinguir as causas de

inadmissibilidade (lmrodução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29), embora reconheça que pre-valece a posição intem1ccliária (ob. cit., p. 768-769).

79

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CAR EIRO DA CUNHA

Esse posicionamento, embora razoável, também gera insegurança, pois feito sem qualquer respaldo legal: retroage-se a eficácia do juízo de inadmissibilidade em

urna hipótese e não nas demais.

O que j ustifica este tratamento diferente? Talvez seja a circunstância de a intempestividade poder ser constatada mais objetivamente, sem maiores discussões doutrinárias. Sucede que isso não convence: a) quer porque há discussões sérias quanto à tempestividade, como já visto; b) quer porque outros requisitos de admissibilidade também podem ser examinados mais objetivamente, como é o caso da regularidade formal e do preparo. A questão, pois, não deve ser solucionada casuisticamente.

Se o juízo de admissibibdade é um juízo sobre a validade; se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de inadmissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia ex nunc, ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia ex tunc, que a princípio não se reputa conveniente, tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade, no caso do procedimento recursal)142.

Exatamente para proteger a boa-fé objetiva processual, a 3ª T. do STJ , no AgRg no Ag 1 .2 1 8.222/MA, rel. Mio. Sidnei Beneti,j. em 22.06.20 l ü, publicado no DJe de 01 .07.201 O , decidiu que : "II. Não demonstrada a má-fé do recorrente, que visa reabrir prazo recursai já vencido, o início do prazo decadencial se dará após o j ulgamento do recurso tido por intempestivo. Precedentes".

8.5. Juízo de mérito

8.5.1. Conceito de mérito do recurso

O mérito do recurso é a pretensão recursai, que pode ser a de invalidação, reforma, integração ou esclarecimento (esses últimos exclusivos dos embargos de declaração). Compõe-se o mérito do recurso da causa de pedir recursai e da respectiva pretensão.

Enquanto o mérito do recurso é, em regra, sujeito a uma única apreciação (órgão ad quem), sua admissibilidade submete-se, em geral, a um duplo controle Uuízos a quo e ad quem). Há casos, porém que o recurso pennite ao juízo a quo 142. No julgamento do EREsp n. 441 .252-CE, rei. Min. Gilson Dipp,j. 29.06.2005, informativo n. 253 do STJ, decidiu-se, por maioria, que o tenno inicial para a contagem do prazo decadencial de ação rescisória é do trânsito em julgado da

última decisão posta nos autos no último recurso, ainda que por ele somente se discuta a tempestividadc do recurso anterior.

80



rever a decisão recorrida, como é o caso dos embargos de declaração, julgados pelo próprio órgão a quo.

O mérito do recurso pode não coincidir com o mérito da causa. É possível que uma questão seja de admissibilidade da causa e, ao mesmo tempo, seja urna questão de mérito do recurso. Jamais uma mesma questão pode ser de admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento. Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. A "legitimidade ad causam" é uma condição da ação - questão de admissibilidade da causa-, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes.

"Lê-se com certa frequência, em minutas de julgamento e em acórdãos concernentes a recursos, que o órgão julgador, 'preliminannente', rejeitou a arguição de ilegitimidade ad causam, ou a de prescrição, e assim por diante. Tal modo de falar deve ser evitado como equívoco: há confusão entre preliminar do recurso e preliminar da causa. A questão da ilegitimidade ou a da prescrição pode constituir o próprio objeto da impugnação do recorrente, de modo que, depois de decidi-la, o órgão julgador já nada mais teria que apreciar. O recurso, insista-se, terá sido julgado no mérito".1'3

8.5.2. A causa de pedir recursai: o error in procedendo e o error in indicando
Como qualquer demanda, o recurso tem a sua causa de pedir. A causa de pedir recursai compõe-se do fato jurídico apto a autorizar a reforma, a invalidação, a integração e o esclarecimento da decisão recorrida. Os fatos aptos a gerar integração (omissão) e esclarecimento (obscuridade) serão examinados no capítulo destinado aos embargos de declaração. Neste momento, cumpre concentrar-se nos fatos jurídicos capazes de gerar a reforma (error in iudicando) e a invalidação (error in procedendo) da decisão.

Chama-se de error in iudicando o equívoco de juízo. Denuncia-se, por meio da impugnação, "uma má-apreciação da questão de direito ou da questão de fato, ou de ambas, pedindo-se, em consequência, a reforma da decisão".144 Trata-se de um "erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais: erro pelo qual o juiz desconhece efeitos j urídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles". 145 É um dado que investiga no conteúdo da decisão: o juiz decidiu

143. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 .1 ed. cit., p. 680.

144. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come/1/ários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. 5, p. 267.

145. Betti, Dirillo processuale civile italiano, apudNERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos-princípios fimdamentais. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 220.

81

mal, apreciou mal aquilo que lhe foi submetido para ser decidido. Trata-se de fato jurídico que enseja a reforma da decisão recorrida.

O objeto do juízo de mérito, no recurso, identifica-se (ao menos qualitati

"

vamente) com o objeto da atividade cognüiva no grau inferior de jurisdição".146

Não se pode confundir error in iudicando com erro na apreciação do mérito da causa. O vício de juízo também pode ocoffer na aplicação do direito processual.

Eis um exemplo de "errar in iudicando" em matéria processual, a ensejar reforma e não invalidação:

"O mesmo ocorre quando o tribunal ad quem constata a ocorrência de litispendência, não obstante o juiz de primeiro grau ter rejeitado a preliminar. Sob o ponto de vista formal, a decisão interlocutória está perfeita, pelo que é válida. No entanto, o defeito reside no conteúdo do julgado. Essa é a razão que explica a necessidade da reforma da decisão. Realmente, ao julgar o agravo de instrumento, o tribunal ad quem dá provimento ao recurso para reformar a decisão e extinguir o processo. Não há cassação na hipótese, já que o vício está no fundo, e não na forma".147

Chama-se de errar in procedendo o vício de atividade, que revela um defeito da decisão, apto a invalidá-la. Denuncia-se o vício de atividade, pleiteando-se a invalidação da decisão. "O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato"148• O error in procedendo não pode ser diferenciado em relação ao errar in iudicando pela distinção entre direito processual e direito material. O objeto do juízo de mérito do recurso é o julgamento mesmo, proferido no grau inferior: não se trata de discutir o que foi decidido (o conteúdo da decisão), como ocorre no recurso por errar in iudicando; no recurso por errar in procedendo, discute-se a perfeição formal da decisão como ato jurídico: discute-se, enfim, a sua validade (pouco importa o acerto ou equívoco da decisão).

Em resumo, os vícios de atividade, igualmente denominados de errares in procedendo, ocorrem quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte.149 Assim, por exemplo, o juiz designa perícia, e não determina a intimação das partes para indicar assistentes técnicos e formular quesitos, ou diante da j untada de um documento fundamental ao j ulgamento, 1 46. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentárius ao Código de Processo Civil. 1 O cd. Rio de .Janeiro: Forense, 2002, V. 5, p. 267.

147. SOUZA, Bernardo Pimentel, introdução aos recursos CÍ1'eis e à aç<io rescisória, 200 1 , p. 38. José Carlos Barbosa Moreira também relaciona o conhecimento de agravo de instrumento interposto contra decisão sobre questão processual com o error i11 iudir:cmdo. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5, p. 267.

148. NERY JR., elson. Teoria Geral dos Recursos -pri11cípiosfi111da111e11tais, ob. cit. p. 2 1 8.

149. NERY JR., elson. Pri11cípiosfi111da111e11tais ·- teoria geral dos recursos. 3 ed. São Paulo: RT, 1 996, p. 2 1 2.

não ordena a intimação da parte contrária para sobre ele manifestar-se, ou, ainda, pronuncia-se a respeito de uma questão alcançada pela preclusão, ou, finalmente, não fundamenta sua decisão. São todos casos de vício de atividade ou error in procedendo; erros que dizem respeito à condução do procedimento, à forma dos atos processuais, não concernindo ao conteúdo do ato em si. Por sua vez, os vícios de juízo, também chamados de errores in judicando, relacionam-se com a substância ou com o conteúdo da decisão.150 Neste caso, o juiz cometeu uma injustiça ou julgou equivocadamente, não aplicou a norma correta ao caso (seja

ela processual ou material), interpretou de maneira desconforme com as regras de hermenêutica ou não valorou corretamente a prova; enfim, quando ocorre error in iudicando significa que o juiz errou no julgamento. Trata-se de um erro de fundo.

8.5.3. Cumulação de pedidos no recurso

O error in procedendo e o error in iudicando podem ser alegados, simultaneamente, no recurso. O vício de atividade deve vir alegado inicialmente, sendo seguido da demonstração do vício de juízo. É que, enquanto a alegação do primeiro, uma vez acolhida pelo tribunal, gera a anulação da decisão, o acolhimento da alegação do error in iudicando ocasiona sua reforma. Daí haver, logicamente, essa ordem de alegações. Primeiro, alega-se o erro de forma para, em seguida, ser demonstrado o vício de fundo.

Enfim, há possibilidade de cumulação dos mencionados "vícios" como "causas de pedir" recursais.

Se a decisão judicial contiver mais de um capítulo (decisão objetivamente complexa: uma decisão formalmente única, mas substancialmente complexa, por conter mais de urna decisão), nada impede que, no recurso, se alegue error in procedendo em relação a um capítulo (por exemplo: não houve motivação ou a decisão foi extra petita) e error in iudicando em relação a outro. Aplica-se aqui, amplamente, o regramento da cumulação própria de pedidos, já visto no capítulo sobre petição inicial, no volume 1 deste curso.

Nada impede, também, que, em um mesmo recurso, impugne-se mais de uma decisão, desde que se respeitem os requisitos de admissibilidade como o cabimento e a tempestividade. Um exemplo pode ser útil: imagine-se a hipótese de um magistrado proferir duas decisões com intervalo inferior a dez dias entre 1 50. NERY JR., Nelson. Princípios fimda111e11tais - teoria geral dos recursos. 3 cd. São Paulo: RT, 1996, p.

214.



uma e outra. É plenamente aceitável que a parte prejudicada, sendo a mesma em ambas as decisões, valha-se de um mesmo recurso (no caso, agravo de instrumento) contra,arnbas as decisões, hipótese em que se vislumbra uma cumulação de demandas recursais. 151

A solução é diversa se o recurso impugnar apenas um capítulo da decisão.

Neste caso, somente será possível a cumulação de demandas recursais se o recorrente valer-se da técnica da cumulação imprópria eventual ou subsidiária (art.

289 do CPC), pois não se pode imaginar que o tribunal, ao mesmo tempo, anule e refonne um mesmo capítulo de decisão recorrida. Não é possível o cúmulo próprio de pedidos recursais de invalidação e refonna, se dirigidos contra um mesmo capítulo da decisão.

Nonnalmente, diz-se que, uma vez feita a cumulação eventual no recmso, se deve respeitar a seguinte ordem: ern primeiro lugar, o pedido de invalidação e, se não acolhido esse, o de reforma. "As supostas razões de invalidade devem ser examinadas pelo órgão ad quem em primeiro lugar, abstraindo-se totalmente da possível injustiça da decisão. O tribunal somente passará ao exame das alegações concernentes a errares in iudicando se (e depois que) houver rejeitado as alegações concernentes a errares in procedendo ". 1 52

R icardo Barros Leonel abordou o problema:

"Deste modo, tomando propnamenle à cumulação de pedidos no recurso de apela

ção, pode-se asseverar seguramente que o cúmulo recursai ora tratado manifesta

-se exclusivamente de fonna eventual e subsidiária: ou o órgão ad quem acolhe o pedido 'processual' e decreta a nulidade, ou mesmo a extinção do feito, ou então, no caso de não acolhimento desta solução, julga novamente o mérito da demanda, que coincide neste particular ainda que parcialmente com o mérito recursai. Lícito afirmar portanto que no recurso de apelação ojuc/icium rescissorium será sempre subsictiário em relação ao judiei um rescindens, vale dizer, o pedido de reforma será sempre secundário ou sucessivo no cotejo com o pedido de reconhecimento e decretação de nulidade ou sentença terminativa (sem julgamento de mérito), quando fonnulados conjuntamente no apelo. Primordial será assim a querei/a 1111/itatis em relação à revisio prioris instanriae, dada a natureza substitutiva da decisão de mérito proferida em sede recursal".113

Há outra situação, porém, que é curiosa.

1 5 1 . Assim, REsp n. l . 1 12.599ff0, rei. Min. Nancy Andrighi,j. cm 28.8.2012, publicado no DJe de 5.9.2012.

J 52. MOREI RA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. 5, p. 4 1 7-418.

1 53. LEONEL, Ricardo de Barros. "Obje10 litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição".

Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polémicas). José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaquc (coord.) São Paulo: RT, 2002, p. 389.

TEORIA DOS RECURSOS

Como se sabe, para que caiba um recurso extraordinário (lato sensu) é necessário o prequestionamento: o exame pelo acórdão recorrido da questão jurídica que se quer levar à apreciação do STJ ou do STF. Se o tribunal recorrido não se houver manifestado sobre a questão, deve o recorrente, previamente, i nterpor embargos de declaração, com o objetivo de sanar a omissão, ensejando o prequestionamento.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, não obstante tenba a parte interposto

embargos de declaração, se persistir a omissão, ainda assim não será cabível o recurso especial (enunciado 2 1 1 da súmula da sua jurisprudência predominante).

Se acaso a omissão não seja suprida, não haverá prequestionamento, devendo o recorrente ou embargar novamente, sujeitando-se, eventualmente, à multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, ou interpor recurso especial por violação ao art. 535 do CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem154•

A interposição sucessiva de dois embargos de declaração pode levar à aplicação de uma multa de até 1 0% do valor da causa, cujo depósito integral é re-quisito de admissibilidade para a interposição de qualquer outro recurso contra aquela decisão. Os tribunais nã.o têm sido piedosos na aplicação dessa punição, mesmo que se mantenham recalcitrantes na omissão impugnada e a despeito de os embargos declaratórios com o intuito de prequestionamento não serem considerados protelatórios (enunciado 98 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).

Sabe-se, ainda, que muita vez há o prequestionamento, mas esse é implícito (ver capítulo sobre os recursos em espécie, precisamente o item dedicado aos recursos extraordinários), o que gera dúvida quanto à sua existência e quanto à sua admi.ssibilidade.

É bastante razoável, assim, que, uma vez opostos embargos declaratórios prequestionadores - e havendo dúvida quanto ao suprimento da omissão pelo tribunal recorrido -, o recorrente interponha em seguida imediatamente recurso especial, pleiteando a reforma da decisão ou, para o caso de o STJ entender não ter havido prequestionamento, a sua invalidade, seja por negativa de prestação jurisdicional, seja por violação ao disposto no art. 535 do CPC. Evita-se com isso uma punição com a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC, além de ser mecanismo que auxilia sobremaneira a economia processual. Se não puder 1 54. PINTO, Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis, p. 156; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento, p. 254-255.



S

proceder deste modo, para evitar um futuro juízo de inadmissibilidade do seu recurso especial, o recorrente teria de ingressar com o recurso especial somente por error in procedendo, com o in1uito de anular o acórdão recorrido, para que outro seja proferido, agora com o preenchimento da omissão; e, só então, é que poderá manejar o recurso especial com o pedido de reforma.

Vivenciamos uma situação concreta, que ilustra bem a possibilidade de o recorrente preferir a reforma em vez da invalidação da decisão. Após dez anos de tramitação, com ampla atividade probatória produzida, o magistrado extinguiu o feito sem exame de mérito, sob o fundamento de falta de interesse de agir. A motivaçã.o era pífia, o que poderia dar ensejo ao pedido de invalidação; sucede que, uma vez invalidada a decisão, os autos retornariam ao magistrado a quo, para proferir nova decisão, o que possivelmente levaria mais algum tempo. O autor-recorrente pediu, então, a reforma da decisão, afirmando que a escolha do magistrado foi equivocada, e a aplicação do § 3° do art. 5 1 5 do CPC, de modo a que o tribunal pudesse decidir o mérito da causa, que não fora decidido. Subsidiariamente, apenas para o caso de o pedido de reforma não ser acolhido, pleiteou a invalidação da decisão por ausência de fundamentação. O tribunal acolheu o pedido de reforma e decidiu o mérito pela procedência, resultado que se mostrou muito mais proveitoso para o autor-recorrente.

8.5.4. Julgamento rescindente e julgamento substitutivo. O efeito substitutivo dos recursos

Julgamento rescindente é o que, acolhendo a alegação de error in procedendo, invalida a decisão recorrida, determinando que se profira novo julgamento no juízo a quo. Há hipóteses, entretanto, que, acolhida alegação de error in procedendo, não é necessária a devolução dos autos à primeira instância, pois a sanação da invalidade pode dar-se no mesmo juízo ad quem. É o que ocorre na apelação contra sentença extra ou ultra petita: nessas hipóteses, basta o tribunal desconsiderar o excedente, '·apagando-o", que se retifica a decisão recorrida, validando-a sem a necessidade de o juízo a quo proferir nova sentença. É aplicação da regra do aproveitamento dos atos processuais: não se deve anular todo o ato se apenas uma parte da deci ão está nula e essa parte pode ser consertada sem prejuízo das demais (art. 248, fine, do CPC). Esse entendimento restou, aliás, melhor explicitado pelo legislador, ao inserir um § 4º ao art. 5 1 5 do CPC, prevendo expressamente essa possibilidade de aproveitamento dos atos processuais no âmbito recursai.

.Julgamento substitutivo é o que, acolhendo ou não errar in iudicando, ou não acolhendo errar in procedendo, opera a substituição da decisão recorrida pela decisão que julgou o recurso, exatamente porque não podem "subsistir duas decisões 86

com o mesmo objeto".155 Só se pode falar de j ulgamento substitutivo se o recurso for conhecido.156 É o que afirma o art. 5 1 2 do CPC: "O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida". Eventual ação rescisória deve dirigir-se contra a última decisão (a que substituiu por último).

"Sendo o recurso julgado no mérito, a decisão recorrida jamais chega a transitar em j ulgado; nem mesmo quando o órgão ad quem nega provimento ao recurso,

'confirmando' (como vulgarmente se diz) aquela decisão. O que poderá transitar em j ulgado é, sempre, o pronunciamento do órgão ad quem ". 157

9. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA TJO IN PEJUS. VEDAÇÃO AO "BENEFÍCIO COM U M" DO RECURSO

Se um único dos litigantes parcialmente vencidos impugnar a decisão, a parte deste que lhe foi favorável transitará normalmente em j ulgado, não sendo lícito ao órgão ad quem exercer sobre ela atividade cognitiva, muito menos retirar, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da reformatio in pejus).

Ocorre a reformatio in pejus quando o órgão ad quem, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso. Não se permite a reformatio in pejus em nosso sistema. Trata-se de princípio recursai não expressamente previsto no ordenamento, mas aceito pela quase generalidade dos doutrinadores.

Barbosa Moreira sistematiza os argumentos favoráveis à existência deste princípio no sistema recursai brasileiro: a) se o interesse recursai é pressuposto de admissibilidade recursai, seria verdadeira contradição imaginar que para o recorrente possa advir qualquer utilidade de pronunciamento que lhe é desfavorável; b) se nem mesmo por provocação do apelante poderia o tribunal

155. MOREI RA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. 5, p. 268.

156. Flávio Cheim Jorge cn1endc que o efeito substitutivo constitui mera decorrência do efei10 devolutivo, este, sim, o único efeito produzido por qualquer recurso; os demais efeitos consistiriam em simples consequências naturais do efeito devolutivo (Teoria Geral dos Recursos Civeis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 1 1 .3, p.

25 1-252). Rodrigo Reis Mazzei afirma, em linha próxima, que o efeito substilutivo e o efeito expansivo são consequências do efeito devolutivo, pois somente é posslvel cogi1ar daqueles após a admissão do recurso, a partir de quando se afere se haver{1 devolutividade. No efeito expansivo hà ainda a dependcncia do evcn1ual resultado do julgamento do mérito do recurso ("Efeito devolutivo e seus desdobramentos".

Dos Recursos. Vol. 1. Vitória: ICE, 2001, v. 1, p. 140- 149).

157. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 269.



reformar a decisão para pior, menos ainda se concebe que pudesse fazê-lo sem tal provocação.158

A proibição da reformatio in pejus não afasta de modo algum a possibilidade de o tribunal revisar aquilo que ex vi !egis se sujeita ao duplo grau de jurisdição, com por exemplo as questões de ordem pública que, se acolhida em detrimento do interesse do recorrente, poderão, de certo modo, levar a uma reforma para pior. Nelson Nery Jr. ensina, no entanto, que não se pode falar propriamente de reforma/ia in pejus nestas situações, pois essa noção está v i nculada ao efeito devolutivo e ao princípio dispositivo, enquanto a transferência das questões de ordem pública está relacionada com o efeito translativo e o princípio inquisitivo.159

De acordo com o enunciado 45 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, é vedado ao tribunal agravar a situação da Fazenda Pública em julgamento de reexame necessário. Nelson Nery Jr. discorda desse posicionamento, admitindo a possibilidade de reformatio in pejus, "pois o reexame necessário não foi criado para proteger descomedidamente os entes públicos, mas para fazer com que a sentença que lhes fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada por órgão de jurisdição hierarquicamente superior".160

O beneficio comum (communio rimedii; beneficium commune) da apelação era uma característica desse recurso na tradição do direito luso-brasileiro. A apelação interposta por uma das partes servia à outra, o que pennitia ao "tribunal reformar a sentença como bem quisesse, ainda que contra aquele que, sozinho, o interpusera". 161 Na verdade, o instituto do beneficio comum da apelação favorecia a reformatio in pejus, entendendo-se essa como o agravamento, pelo julgamento do recurso, da situação do recorrente.162

O art. 824 do CPC-39 dava margens a essa interpretação, embora não fosse expresso como as Ordenações Filipinas (Liv. Ili, tít. 72, pr.). No entanto, como

158. Comemários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed. cit., p. 434-435.

159. NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos, S ed. p. 4 1 7-418.

160. NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos, S ed. p. 419.

161. NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos, S ed. p. 158. Fundava-se o benefício comum naquilo que Carnelutli chamava de princípio da realidade, segundo o qual o órgão ad quem poderia fazer um reexame completo da causa, atendendo- e, assim, o interesse supremo da justiça (Sis1e111a de Direi10

Processual Civil. São Paulo: ClassicBook, 2000, p. 781; ARAGÃO, Paulo Cezar. Recurso adesivo. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 2-3).

162. Sobre a relação entre o beneficio comum da apelação e a reformalio i11 pejus, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformalio in pejus". Direi10 processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi.

1 97 1 , p. 147-170.

bem afirmava Odilon de Andrade, que já apontava a impossibilidade de reformatio in pejus, mesmo com a redação do CPC-39:

"Al guns outros, porém, acompanhando a doutrina mais moderna, que proscreve a possibilidade da reformatio in pejus, proibiam expressamente que no provimento à apelação se piorasse a situação do apelante em proveito da outra parte que não tivesse igualmente apelado . . . Mesmo, porém, naqueles Estados em que a legisla

ção o permitia, raríssimos terão sido os casos de rejormatio in pejus, pois nenhum encontramos nos repositórios de jurispmdência que pudemos compulsar.

O novo Código nenhuma disposição contém que permita o provimento ao apelado, coisa que a doutrina moderna repudia e a que os nossos tribunais foram sempre avessos. O princípio da devolução plena é temperada por outro princípio - o do tantum devolutwn quantum appelatwn".163

O art. 5 1 5 do CPC/73 veda o beneficio comum - e a existência do recurso adesivo previsto no art. 500 do CPC corrobora essa conclusão. De fato, a utilidade da discussão sobre a existência ou não de benefício comum na apelação só existe em casos de sucumbência recíproca, quando apenas uma das partes recorre. O

recmso adesivo, então, é o remédio recursai apto a permitir que o órgão ad quem possa examinar a pat1e da decisão que diz respeito ao apelado.

1 0. EFEITOS DOS RECURSOS 164

10.1. Impedimento ao trânsito em j ulgado

A interposição do recurso impede o trânsito em julgado da decisão. O recurso prolonga a litispendência, agora em nova instância.

É importante lembrar, porém, que, de acordo com a concepção de Barbosa Moreira, já examinada, apenas os recursos admissíveis produzem efeitos e, portanto, apenas o recurso que for conhecido poderia impedir o trânsito em julgado; recurso não-conhecido não impede o trânsito em julgado, de acordo com esse entendimento. Foi visto que há muita discussão sobre o tema, de fonna que a jurisprudência, ora entende que todo recurso produz efeitos, ora entende que o intempestivo ou manifestamente incabível não impede o trânsito em julgado (ver o item sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade); para Barbosa Moreira, o recurso inadmi.ssível, pouco impo11a qual seja a causa da inadmissibi !idade, não produz qualquer efeito.

163. ODLLON DE ANDRADE, Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1 946, v.

9, p. 1 72.

164. O chamado efeito substitutivo será examinado no item relativo ao julgamento do mérito do recurso.

89

CARI

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO

EIRO DA CUNHA

É importante atentar para essa polêmica, pois a data do trânsito em j ulgado variará conforme se adote esse ou aquele posicionamento. Quando o recurso for conhecido, não há discussão: a data do trânsito em julgado é a data do trânsito em julgado da última decisão. Quando o recurso não for conhecido, há três soluções: a) o trânsito em julgado retroage à data da interposição do recurso ou à data em que se verificou o fato que impediu o seu julgamento de mérito; b) o trânsito em julgado retroage à data da expiração do prazo recursai (recurso intempestivo) ou à data da interposição do recmso incabível; nos demais casos de inadmissibilidade, a data do trânsito em julgado é a data do trânsito em julgado da última decisão; c) a data do trânsito é a data do trânsito em julgado da última decisão, sempre. A terceira corrente, não obstante os problemas que podem surgir, parece a concepção que está mais de acordo com o princípio da segurançajurídica, conforme exposto no item sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade. Em decisão recente, o STJ aderiu a esse posicionamento (Corte Especial, EREsp n. 44 1 .252-CE, rei.

Min. Gilson Dipp, j. em 29.6.2005).

1 0.2. Efeito suspensivo

A interposição do recurso prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão; os efeitos dessa decisão - sejam eles executivos, declaratórios ou constitutivos - não se produzem.

O efeito suspensivo é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se quer impugnar. É interessante notar, como prelecionam Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio M . Gomes Filho, que, antes mesmo da interposição do recurso e pela simples possibilidade de sua interposição, a decisão ainda é ineficaz. De modo que, para os autores, não é o recurso que tem efeito suspensivo, tendo antes o condão de prolongar a condição de ineficácia da decisão.165 Barbosa Moreira assim se manifestou, demonstrando a equivocidade do termo: "Aliás, a expressão 'efeito suspensivo' é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, corno se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso" .166

165. GRfNOVER, Ada Pcllegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães.

Recursos no processo penal. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

166. Comemários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. cil., p. 257.

TEORIA DOS RECURSOS

Há quem prefira a expressão efeito obstativo, no lugar de efeito suspensivo. É que a expressão efeito suspensivo seria mais adequada para designar a situação em que se suspende algo que já estava fluindo. Quando há efeito suspensivo, não se suspende o que já vinha produzindo efeitos; o ato judicial já é emitido, em verdade, sem produzir efeitos. 167

O efeito suspensivo não decorre, pois, da interposição do recurso: resulta da mera recorribilidade do ato.168 Significa que, havendo recurso previsto em lei, dotado de efeito suspensivo, para aquele tipo de ato judicial, esse, quando proferido, já é lançado aos autos com sua executoriedade adiada ou suspensa, perdurando essa suspensão até, pelo menos, o escoamento do prazo para interposição do recurso. Havendo recurso, a suspensividade é confirmada, estendendo-se até seu julgamento pelo tribunal. Não sendo interposto o recurso, opera-se o trânsito em julgado, passando-se, então, o ato judicial a produzir efeitos e a conter executoriedade.

No direito brasileiro, ainda vige a regra de que os recursos, ordinariamente, são dotados de efeito suspensivo. Assim, se o recurso não possuir este efeito, deverá constar expressamente do texto legal (art. 497 do CPC).

1 0.3. Efeito devolutivo: extensão e profundidade (efeito translativo) A interposição do recurso transfere ao órgão ad quem o conhecimento da matéria impugnada. Podem variar, de recurso para recurso, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo. O estudo da profundidade do efeito devolutivo é examinado por alguns autores como se se tratasse de efeito diverso: denominam o fenômeno de efeito translativo.

O efeito devolutivo é comum a todos os recursos. É da essência do recurso provocar o reexame da decisão - e isso que caracteriza a devolução.

No entanto, há quem, como Barbosa Moreira, entenda que não há efeito devolutivo quando o julgamento do recurso "caiba ao mesmo órgão que proferiu a 167. "A expressão e/eilo suspensivo não reflete com precisão a realidade, já que há suspensão apenas quando algo já estava fluindo; rigorosamente, nesses casos, o recurso obsta a produção de efeitos do ato decisório, havendo em verdade um efeito obs1atil'O que impede a atuação imediata da decisão. Se a executoriedade é uma característica da decisão sujeita a recurso com efeito

meramente devolutivo, a suspensividade é também um atributo da própria decisão impugnada que não projeta imediatamente seus efeitos; é preciso aguardar, no mínimo, até o fim do prazo para a interposição do recurso adequado e, no máximo, até não haver mais a possibilidade de interposição ele meio de impugnação dotado de efeito suspensivo." (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: RT, 2000, p. 2 1 9).

168. NERY JR., Nelson. Princípios /unda111en1ais - 1eoria geral dos recursos. 3 cd. São Paulo: RT, 1 996, p.

375.



decisão reconida". 169 Tal entendimento deita raízes históricas na própria origem do efeito devolutivo. De fato, antes de existir a tripartição dos poderes, o imperador ou governante concentrava o exercício de todos eles. Como não lhe era possível, materialmente, exercê-los a um só tempo, muitos desses poderes eram delegados.

O poder de julgar era delegado a preteres ou juízes da época. Proferida alguma decisão que prejudicasse a parte, esta apresentava um recurso ao imperador ou governante. Só que este não dispunha mais do poder de julgar, pois o havia delegado.

Então, para que o imperador ou governante pudesse julgar o recurso, o poder de julgar, que havia sido delegado, era-lhe devolvido. Daí a expressão efeito devolutivo. 170 Por essa razão, passou-se a entender que o efeito devolutivo somente estaria presente nos recursos encaminhados a órgão hierarquicamente superior, de sorte que os embargos declaratórios, por exemplo, não conteriam o efeito devolutivo.

Deve-se considerar, atualmente, que o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para outro ou para o mesmo órgão julgador171.

A lei, excepcionalmente, poderá atribuir ao próprio órgão "a quo" o reexame da matéria impugnada; nestes casos, o efeito devolutivo ou inexiste para alguns doutrinadores (embargos de declaração), ou fica condicionado a que não se reforme a decisão antes do julgamento do rc<.:urso (agravo). Fora destas bipóteses, ao órgão

"a quo" é vedado praticar qualquer ato que importe modificação do julgamento, ressalvada a possibilidade de correção de erros materiais (art. 463, 1).

A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo detem1ina-se pela extensão da impugnação: tantwn devolutum quantum appellatum. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (CPC, ait. 5 1 5). Sobre o tema, convém ressaltar, as normas que cuidam da apelação funcionam como regra geral (CPC, arts. 5 1 5 a 5 1 7). A extensão do efeito devolutivo determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursai. Trata-se de sua dimensão horizontal.

169. MOR.EIRA, José Carlos Oarbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 10 ed. cit., p. 260. Assim, também, DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos recursos". Aspeclos polêmicos e aluais dos recursos civeis. Nelson

Nery Jr. e Teresa A1ruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Editora Revis1a dos Tribunais, 2002, p. 31.

170. Realmente, o efei10 devolutivo provém da época em que a possibilidade de julgar derivava do poder do Imperador, que o delegava aos juízes e, portanto, ao recorrer ao Imperador, se procedia a uma "devolução"

deste poder. É por isso que se diz que o efeito devolutivo existe quando o órgão competente para apreciar a decisão impugnada for superior ao que a prolatou (VESCOVl, Enrique. los recursosjudiciales y demás medios impugnativos en lberoamérica. Buenos A ires: Depalma, 1988, p. 55).

1 7 1 . Nesse se111ido: PEREIRA, Joana Carolina Lins. Recursos de apelação: amplitude do efeito devolwivo.

Curitiba: Juruá, 2003, p. 30-32.

TEORIA DOS RECURSOS

A profundidade do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão ad quem para decidir o objeto litigioso do recurso. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão ad quem para julgar. Para decidir, o juiz a quo deveria resolver questões atinentes quer ao fundamento do pedido, quer ao da defesa. A decisão poderá apreciar todas elas, ou se omitir quanto a algumas delas. Em que medida competirá ao tribunal a

respectiva apreciação? Trata-se da dimensão vertical do efeito devolutivo.

O § 1° do art. 5 1 5 diz que serão objeto da apreciação do tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. Assim, se o magistrado extingue o processo pela prescrição, o tribunal poderá, negando-a, apreciar as demais questões de mérito, sobre as quais o juiz não chegou a pronunciar-se. Ora, para julgar, o órgão a quo não está obrigado a resolver todas as questões atinentes aos fundamentos do pedido e da defesa. Na decisão poderá apreciar todas elas, ou se omitir quanto a algumas delas:

"basta que decida aquelas suficientes à fundamentaçã.o da conclusão a que chega no dispositivo da sentença".172E a questão é: o órgão ad quem poderá (re)apreciar todas essas questões, examinadas ou nã.o pelo juízo a quo? Pode.

Conforme resulta dos parágrafos do art. 5 1 5, é amplíssima, em profundidade, a devolução das questões. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na decisão recorrida: abrange também as que nela poderiam tê-lo sido. Nisso se compreendem: a) questões examináveis de oficio; b) questões que, não sendo examináveis de oficio, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas173 abrangendo, aqui, segundo Bernardo Pimentel Souza, 174 as questões acessórias (ex. j uros legais), incidentais (ex. litigância de má-fé), questões de mérito e outros fündamentos do pedido e da defesa.175

Segue um exemplo. Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido, se o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro, ou repelindo-o, a apelação do réu, que pleiteia a declaração da improcedência, basta para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos; caso, a seu ver, o pedido mereça acolhida justamente pelo segundo fundamento, e não pelo primeiro, o tribunal deve negar provimento ao recurso, "confirmando" a sentença

172. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 200 1 , V. 7, p . 1 2 1 .

1 73. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários a o Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 446-447.

1 74. Ob. cit., p. 3 1 9 segs.

175. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. cit., p. 447-448. No mesmo sentido: FERREIRA FILl-10, Manoel

Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 123.

93

na respectiva conclusão, mediante co1Teção dos motivos. Se o juiz julgou improcedente o pedido, examinando só o fundamento "a", e omitindo-se quanto ao ftmdamento "b", a apelação do autor permite ao tribunal julgar procedente o

pedido, sendo o caso, quer pelo fundamento "a", quer pelo fundamento "b"176• Entende-se, porém, conforme ressalvado no capítulo sobre os embargos de declaração, que o magistrado somente pode indeferir o pedido se examinar todos os fundamentos; para acolhê-lo isso não é preciso, mas para rejeitá-lo, sim.

E aiTemata Barbosa Moreira (onde se lê, na lição do doutrinador, "apelação", entenda-se "qualquer recurso"):

"Em nenhuma dessas hipóteses precisa a parte vencedora interpor, por sua vez, apelação, quer independente, quer adesiva, para insistir no fundamento do pedido ou da defesa que tenha sido rejeitado. Ou a cujo respeito haja silenciado a sentença.

A apelação, aliás, seria inadmissível, por falta de interesse. Tampouco é necessário que a parte insista expressamente no fundamento desprezado ao arrazoar o recurso do adversário: a devolução se produz de qualquer maneira, ex vi legis".177

Nelson Ne1y Jr. denomina de efeito translativo aquilo que Barbosa Moreira identifica corno profundidade do efeito devolutivo e acrescenta: sempre que o tribunal puder apreciar uma questão fora dos limites impostos pelo recurso, estar

-se-á diante de uma manifestação deste efeito (razão pela qual ele inclui a remessa das questões de ordem pública à apreciação do ad quem, manifestando-se ou não o recorrente sobre elas, como exemplo do efeito translativo).

Rodrigo Mazzei entende não ser possível dissociar o efeito translativo do efeito devolutivo. Para o autor capixaba: "'o efeito devolutivo remete ao reexame, automaticamente, além da matéria recorrida, todas as questões que o Judiciário tem o dever de ofício de examinar, espelhando a prevalência do princípio inquisitório sobre o princípio dispositivo no julgamento do recurso". Afirma, ainda, que não se poderia falar em autonomia do efeito translativo, pois esse efeito depende da prévia devolução de alguma matéria recorrida para que possa ocorrer ("Efeito devolutivo e seus desdobramentos". Dos Recursos. Vitória: ICE, 2001, v. 1 , p.

135-140).

O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode decidir; o

efeito translativo, o material com o qual o ad quem trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso, às questões 176. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e11tários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 447.

177. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111rírios ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 447-448.



que devem ser examinadas pelo órgão ad quem como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.178

É preciso, porém, fazer uma advertência: o efeito devolutivo limita o efeito translativo, que é o seu aspecto vertical: o tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado - e somente àquilo. 179

O recorrente estabelece a extensão do recurso, mas não pode estabelecer a sua

profundidade. 180

Excelente o julgado do Min. Cezar Peluso, STF: "O Tribunal julgou procedente pedido de ação cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TSE e restabelecer sentença que cassara diploma de Prefeito por captação ilícita de sufrágio e que absolvera o Vice-Prefeito, requerente desta ação, da imputação de abuso de poder econômico. Na espécie, da sentença referida, apenas o Prefeito recorrera. Não obstante, o TRE reformara a decisão de l º grau para cassar também o mandato do Vice-Prefeito, o que ensejara a interposição de recurso especial, sob a alegação de ofensa à coisa julgada, o qual fora improvido pelo TSE, por maioria, ao fundamento de que seria lícita a correção da questão atinente à matéria de ordem pública, qual seja, a subordinação jurídica do Vice-Prefeito ao que decidido em relaçã.o ao Prefeito, tendo em conta o efeito rranslativo do recurso ordinário. Preliminarmente, indeferiu-se, por ausência de interesse jurídico, o pedido de intervenção de terceiro, que alegava ter sido candidato da eleição anulada cm que fora derrotada a chapa que encabeçara. No mérito, entendeu-se que a pronúncia do órgão recursai sobre a parcela não impugnada do capítulo decisório de sentença, ao transpor os limites do efeito devolutivo do recurso (CPC, art. 5 1 5, § 1 º), ofendeu a coisa julgada. Asseverou-se que o efeito translativo é apenas um dos subtipos do efeito devolutivo e que, salvo o caso de vício processual absoluto, que leve à anulação ou extinçiio do processo, sempre devolvido à cognição do Tribunal por conta daquele efeito, só serão conhecidas pelo Tribunal aquelas questões cuja solução serviu ou devia servir de fundamento 1 78. É importante, nesse momento, voltar ao v. 1 deste curso e reler o capítulo sobre a teoria da cognição judicial, que estabelece as noções da teoria do processo fundamentais para a solução dos problemas relacionados ao efeito devolutivo dos recursos.

1 79. Assim, BERNARDO PIMENTEL DE SOUZA ao dizer que: "Fixada a extensão cio recurso à luz da matéria impugnada pelo apelante, é importante saber quais questões - ligadas à matéria impugnada - podem ser apreciadas pelo tribunal ad quem. Realmente, demarcada a extensão da apelação sob o enfoque horizontal, resta estudar a profundidade. que deve ocorrer sob o prisma vertical, a fim de que sejam encontradas as questões que devem ser analisadas pela corte de apelação, sempre nos limites da extensão do recurso conhecido" (introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3 1 8, grifos acrescentados.).

1 80. º"Mas, dentro desses limites, a profundidade do conhecimento do tribunal é

a maior possível: pode levar cm consideração tudo o que for relevante para a nova decisão, por isso que o broeardo latino 1011111111

devolut11111 q11a11111111 appella111111 (relativo à extensão do conhecimento). complete-se pelo acréscimo vel appellare debebat (relativo à profundidade). Assim, nos limites da matéria impugnada, ou cognoscível de oficio, e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes" (GRI OVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarnnce; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Recursos no processo penal, cít., p. 52.).

dos capítulos decisórios impugnados pelo recurso, ou seja, o órgão recursai terá plena liberdade para análise das questões de fato e de direito debatidas na causa, inclusive as de ordem pública, desde que se restrinja aos limites da parcela impugnada do conteúdo decisório da sentença. Afastou-se, por fim, a possibilidade de o efeito do recurso do Prefeito alcançar o Vice-Prefeito, seu Litisconsorte, com base no art. 509 do CPC, visto que a regra de extensão subjetiva do efeito devolutivo dos recursos só incide nos casos de litisconsórcio unitário. AC 1 1 2/RN, rei. Min.

Cezar Peluso, 1°.12.2004". (Jnfonnativo n. 372 do STF).

10.4. Efeito regressivo ou efeito de retratação

Trata-se do efeito que autoriza o órgão jurisdicional a quo a rever a decisão recorrida, como ocorre, por exemplo, no agravo de instrumento e no agravo retido, na apelação contra sentença que indefere a petição inicial (CPC, arts. 285-A e 296) e na apelação em causas propostas segundo os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990, art. 1 98, VTI). Alguns utilizam a denonuna

ção "efeito diferido ". Não deixa de ser uma dimensão do efeito devolutivo, aqui tratado separadamente apenas para fins didáticos.

A expressão "efeito diferido" é, porém, polissêmica.

Há quem considere que o efeito diferido do recurso ocorre "quando o conhecimento do recurso depende de recurso a ser interposto contra outra decisão", como no caso do agravo retido (sobre o agravo retido, ver capítulo sobre o recurso de agravo). Pelo efeito diferido, a eficácia do recurso interposto fica diferida no tempo. "A ex..istência do efeito diferido se deve à presença de condição momentânea que impede o exame pronto do recurso".181 Neste sentido, só se pode falar de efeito devolutivo diferido na apelação adesiva, que depende do conhecimento da apelação principal.

No entanto, há quem considere efeito diferido e efeito regressivo, ambas variantes do efeito devolutivo, como sinônimos, como é o caso de Vicente Greco Filho, Ada Grinover, Magalhães Filho e Scarance Femandes.182 Nesta acepção, é possível falar em efeito devolutivo diferido, ou efeito regressivo, ou efeito de retratação, que pode ocorrer na apelação, na hipótese de recurso contra a sentença que indefere a petição inicial (CPC, art. 296). De fato, a devolução do exame da sentença, nessas hipóteses, somente ocorrerá após o j uízo de relrntação negativo do magistrado, demonstrando o caráter diferido do efeito devolutivo.

1 8 1 . GUEDES, Jefferson Carús e ROCHA, Eliana Pires da. "Efeito devolutivo regressivo ou 'repositivo' e juízo de retratação nos recursos cíveis". Aspec/Os polémicos e awais dos recursos civeis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Teresa Am1da Alvim Wambier e Nelson Nery. (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 306.

182. Recursos no processo penal, cit., p. 57.

1 0.5. Efeito expansivo subjetivo (extensão subjetiva dos efeitos) Em regra, a interposição do recurso produz efeitos apenas para o recorrente (princípio da personalidade do recurso).

O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses (art. 509, CPC). A regra só se aplica ao litisconsórcio unitário, pois nos outros casos a comunicação de efeitos do recurso aos colitigantes omissos não se impõe, pela desnecessidade da uniformidade da disciplina. Convém lembrar, porém, que, por opção legislativa, o recurso interposto por um devedor solidário estende os seus efeitos aos demais, mesmo não sendo unitário o litisconsórcio183 - pois a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibilidade ou não do bem jurídico envolvido (CC-2002, arts. 257 a 263). Como se vê, o que se chama de efeito expansivo subjetivo não é uma consequência natural do julgamento de u m recurso, mas uma regra própria do litisconsórcio unitário, aplicável no âmbito recursal.

Os embargos de declaração interpostos por uma das partes interrompem o prazo para a interposição de ouh·o recurso para ambas as paites, e não apenas para aquela que embargou (art. 538, caput, CPC). É, também aqui, um caso de expansão subjetiva do efeito do recurso.

Há um precedente interessante do STJ sobre a aplicação do art. 509. Trata-se de caso em que o STJ admitiu a expansão subjetiva da eficácia de recurso a litisconsorte simples (não-unitário, pois). O caso era de litisconsórcio simples por afinidade- era um litisconsórcio que decorria da homogeneidade das situações jurídicas - várias sociedades de advogados que discutiam com o município do Rio de Janeiro uma questão tributária. O fundamento do STJ foi o princípio da igualdade - a solução teria de ser a mesma para todos, mesmo que uma das partes não houvesse recorrido.

A decisão pareceu bem casuística, sem fundamentação suficiente para superar entendimento tão consolidado sobre a interpretação do art. 509 do CPC - consolidação essa, aliás, referida na fundamentação do acórdão. A não interposição de recurso por um litisconsorte simples é ato que pode decon·er de uma específica estratégia da parte. Estender a ela a decisão de um recurso interposto por outra parte, com quem se relaciona apenas por afinidade, não parece, realmente, solução autorizada pelo nosso ordenamento que, no particular, se submete ao princípio dispositivo184•

1 1 . O RECURSO ADESIVO

a) Recurso adesivo é o recurso contraposto ao da parte adversa, por aquela que

se dispunha a não i mpugnar a decisão, e só veio a impugná-la porque o fizera 183. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed. cit., p. 382-383.

1 84. STJ, 2" T., REsp n. 292.596/RJ, rei. Min. Franciulli Neto,j. em 25. 1 1 .2003, publicado no DJ de 10.05.2007, p. 362.

97

o outro litigante. Recurso independente é aquele interposto autonomamente por qualquer das partes, sern qualquer relação com o comportamento do adversário.185

Somente é possível cogitar de interposição adesiva em caso de sucumbência recíproca: ambos os l itigantes são em parte vencedores e vencidos (art. 500, caput, CPC). Nesses casos, publicada a decisão, embora ambos pudessem ter recorrido de forma independente, um deles espera o comportamento do outro, para só então recorrer.

Por isso não se admite recurno adesivo do réu, contra sentença que julgou totalmente improcedente pedido do autor, pela absoluta falta de interesse - nem mesmo para melhorar a fundamentação do j ulgado. A apelação do autor devolverá ao h"ibunal todos os fundamentos que o réu levantara no processo (art. 5 1 5, § § 1 º

e 2º), sem que ele precise, para tanto, recorrer adesivamente.186

Também por isso não se admite recurso adesivo pelo particular em reexame necessário, pois ele não espera o comportamento da Fazenda Pública, na expectativa de inércia, a fim de obter logo o trânsito em julgado. Em razão do reexame necessário, os autos seguirão, forçosamente, para o tribunal, não havendo possibilidade de wn imediato trânsito em julgado. Em demandas propostas contra o Poder Público, somente caberá recurso adesivo pelo particular, se não houver reexame necessário (nos casos em que a lei o dispensa); diversamente, o Poder Público pode aderir ao eventual recurso da outra parte, já que, nesse ponto, não haverá reexame necessário.

b) O recurso adesivo não é espécie de recmso. Trata-se de forma de interposição de recurso. O recurso pode ser interposto de forma independente e de fonna adesiva. O recurso adesivo é exatamente o mesmo recurso que poderia ter sido interposto autonomamente, diferenciando-se apenas pela técnica de interposição187- ressalvada a circunstância especialíssima, analisada em item abaixo, do recurso extraordinário/especial adesivo a recurso especial/extraordinário, ou seja, do recurso extraordinário (lato sensu) adesivo cruzado.

Nem todos os recursos podem ser interpostos adesivamente. A lei permite a interposição adesiva da apelação, dos embargos infringentes, do recurso especial

e 185. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 3 1 O.

1 86. OLIVEIRA, Pedro Miranda. "Recurso excepcional cruzado". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de owros meios de i111p11gnação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2005, p. 6 1 8.

L 87. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comen1ários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, V. 5, p. 3 J 6.

do recurso extraordinário (art. 500, II, CPC). Também se admite recurso ordinário constitucional na forma adesiva, quando fizer as vezes de recurso de apelação (art.

539, II, "b", CPC), apenas no caso de ações propostas por Município ou pessoa residente no Brasil em face de Estado estrangeiro ou de organismo internacional (CF/88, art. 1 09, I I). Embora não se concorde com a tese188 - que parte da falsa premissa de que o recurso adesivo é instituto que atenta contra a celeridade

processual -, cumpre advertir que não se admite recurso inominado (Juizados Especiais) adesivo189 - cabe, porém, o recurso extraordinário adesivo no âmbito dos Juizados Especiais.

c) O recurso adesivo deve obedecer a todos os requisitos de admissibilidade exigidos para os respectivos recursos, inclusive o preparo (art. 500, parágrafo único, C PC). Se o recurso for objetivamente dispensado do preparo (apelação em causas do ECA, p. ex.), a apelação adesiva também o será190•

Se o recurso exigi r preparo, mas o recorrente principal, por circunstâncias pessoais (for beneficiário da justiça gratuita, p. ex.), estiver liberado de fazê

-lo, o recorrente adesivo nã.o terá, por isso, esse benefício191• Note que, neste 1 88. Neste sentido, " . . . os objetivos do recurso adesivo coadunam-se muito harmoniosamente com os da criação do processo especialíssimo dos juizados, onde o zelo pela tennuiação rápida do serviço jurisdicional se situa entre as preocupações centrais. Faz parte do espírito conciliatório que aqui se alvitra essa atitude do litigante que, atendido em parte quanto à pretensão sustentada em juízo, prefere nilo recorrer e só recorrerá se o fizer o adversário. Por isso, também no processo dos juizados especiais é admissível o recurso adesivo, embora não se tenha aqui o recurso de apelação mas o inominado, uma vez que os objetivos práticos deste coincidem com os daquela" (DINAMARCO, Cândido Rangel. lvfcmual dos Jui=ados Cíveis. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , p. 1 83.).

1 89. "Também não se admite recurso adesivo, que é incompatível com o princípio da celeridade". (NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigo1; cit., nota 3º ao art. 4 1 da Lei Federal n. 9.099/95.) Neste sentido, SODRÉ, Eduardo. "O sistema recursai dos Juizados Especiais Cíveis".

Procedimentos especiais cíveis - legislação extrtll'aga/1/e. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 528; 1° Encontro Regional de Turmas Recursais - Foz do Iguaçu, março/1998: "Conclusão 2. O recurso adesivo é incompatível com a celeridade, principio informativo dos Juizados Especiais". 8º conclusão editada pela Corregedoria Geral de Juizados Especiais Civeis da Bahia:

"Não cabe recurso adesivo porque não há previsão legal para tal".

190 .. "PROCESSUAL - RECURSO ADESIVO - PREPARO - ISENÇÃO DO APELO PRINCIPAL. Se o apelo principal não está condicionado a preparo, o recurso adesivo também não o estará. (CPC, art. 500, 111)" (STJ, 1° T., REsp 182. 1 59/MG, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.06. 1 999, publicado no DJ de O 1 .07.1999, p. 127). "Processual Civil. Recurso Adesivo. Preparo. CPC, A11. 500, Parágrafo Único.

1 . Se não há exigência de preparo para o recurso principal, tampouco haverá para o adesivo. 2. Recurso provido." (STJ, 1° T., REsp n. 123. 1 53/SP, rei. Min. Milton Luiz Pereira, j. 02.02.1 999, publicado no DJ

de 29.03.1 999, p. 78).

1 9 1 . "'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. RECURSO ESPECIAL PRrNCIPAL AM

PARADO PELAASSISTÊNCIAJUDICIÁRIA GRATUITA. BENEFÍCIO QUE NÃO SE ESTENDE AO

APELO ADESIVO. PRECEDENTE. !. A assistência judiciária de que goza a parte que interpõe o recurso principal não se estende à parte contrária, que dela não frui, pelo que imprescindível o recolhimento do preparo do adesivo, sob pena de deserção. 11. Recurso especial não conhecido." (STJ-4º T., R Esp 9 12.336/

SC, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 2.12.201 O, v.u., DJe de 15/1 212010).

caso, as exigências para o recurso mdependente e para o recurso adesivo são as mesmas, mas o recorrente principal, por características personalíssimas, está dispensado do preparo.

O mesmo ocorre em relação ao prazo: se o recorrente principal tem benefício do prazo, em razão de suas circunstâncias pessoais (estiver sob o patrocínio da Defensoria Pública), não o terá, necessariamente, também, o recorrente adesivo.

O recurso adesivo se submete aos mesmos requisitos de admissibilidade do recurso principal. Assim, se o recurso principal depende do prequestionamento, o adesivo também dependerá. Somente se permite a interposição de recurso adesivo, se a parte poderia interpor recurso principal, ou seja, apenas se pode aderir a recurso que se poderia interpor. Yale dizer que, impetrado mandado de segurança originário em tribunal de justiça, vindo a ser concedida uma parte da segurança e denegada a outra, não cabe, a despeito da sucumbência recíproca, recurso adesivo. É que ao impetrante se franqueia a interposição de recurso ordinário, enquanto o impetrado deve interpor recurso especial e/ou extraordinário.

Enfim, cada uma das partes dispõe de um recurso diferente, não podendo uma aderir ao recurso da outra. De igual modo, julgada parcialmente procedente, por maioria de votos, a ação rescisória, o réu deve interpor embargos infringentes, não cabendo esse recurso ao autor. Logo, não cabe, nesse caso, recurso adesivo aos embargos infringentes, pois somente uma das partes pode interpor o recurso.

Na ação rescisória, somente cabem, atualmente, embargos infringentes adesivos, se houver reconvenção, vindo a ação e a reconvenção a ser acolhidas por maioria de votos. Nesse caso, tanto autor e réu podem interpor embargos infringentes, cabendo, bem por isso, recurso adesivo: se apenas um deles recorrer autonomamente, o outro pode recorrer adesivamente.

O prazo para a interposição do recmso adesivo é o prazo de que dispõe a parte para apresentar contrarrazões ao recurso principal (o recurso independente que fora interposto pela outra pa1te), conforme o inciso l do art. 500 do CPC. A parte não precisa apresentar contrarrazões e recorrer; pode tomar ambas as atitudes, nenhuma ou apenas uma delas. Convém que a parte elabore peças distintas para cada uma dessas atitudes; mas, desde que se contenham todos os elementos indispensáveis à interposição do recurso, nada impede que se apresente única peça, com as contrarrazões e o recurso.192

Embora os entes públicos e o Ministério Público não tenham prazo em dobro para apresentar contrarrazões, entende-se que possuem, todavia, a dobra do prazo para interpor recurso na forma adesiva.193

192. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. cit., p. 325.

193. MORELRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. cit., p. 323. STJ, 2'

T., EDcl ao REsp n. 1 7 1 543/RS, rei. M in. Nancy Andrighi,j. 16.06.2000, publicado no DJ de 14.08.2000, p. 1 59.

100

Impõe-se perfiU1ar o entendimento segLmdo o qual a Fazenda Pública e o Ministério Público não dispõem de prazo em dobro para a interposição do recurso adesivo. Tais entes têm a prerrogativa de interpor recursos no prazo em dobro, mas tal prerrogativa não deve incidir quando se tratar de recurso adesivo. Com efeito, "o recurso adesivo deve ser interposto no prazo para a resposta do recurso principal. Já se viu que a Fazenda Pública não dispõe de prazo em dobro para responder ou oferecer contrarrazões a recurso. Ora, se o recurso adesivo deve ser interposto no prazo para apresentação de contrarrazões ao recurso da parte, e se a Fazenda Pública não dispõe de prazo em dobro para tanto, é curial que, ao interpor recurso adesivo, a Fazenda Pública não desfrutará do prazo diferenciado previsto no art. 188 do CPC". 194 O STF

e o STJ entendem, contudo, que a Fazenda Pública e o Ministério Público dispõem de prazo em dobro para a interposição de recurso adesivo.195

Costuma-se dizer que somente a parte pode interpor recurso adesivo e somente é possível aderir a recurso de parte. Trata-se de i nterpretação literal do caput do art. 500 do CPC. Assim, não seria possível recurso adesivo de terceiro196

ou M i ni stério Público nem seria possível aderir a recurso de terceiro/Ministério Público197• Convém, no entanto, fazer algumas observações.

Se o Ministério Público é parte, é nessa qualidade que deve ser considerado.

Assim, neste caso, é possível falar de recurso adesivo de Ministério Público (parte) e recurso adesivo a recurso de Ministério Público (parte).

Pondera, também, José Afonso da Silva:

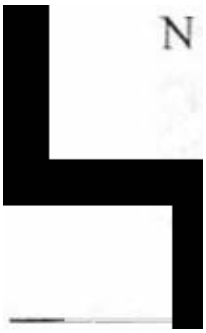
"Teoricamente, haveria possibilidade de o terceiro prejudicado interpor recurso adesivo. Suponha-se um caso de sucumbência recíproca. Um terceiro prejudicado ingressa com recurso no prazo legal assumindo a posição de autor que não recorrera. Outro terceiro, que não teria tido interesse em apresentar recurso independente porque estaria disposto a sofrer o gravame tal como decorreu da sentença, sente-se agora, com sua posição jurídica ameaçada pela interposição do recurso principal 194. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública emjuizo. 5" edição. São Paulo: Dialética, 2007, D. 3.6.3, p. 59.

195. Conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública .... cit., pp. 59-60, que cita vários precedentes nesse sentido.

196. MOREIRA, José Carlos Barbosa Morei.ra, Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 3 1 9, especialmente nota 68; SOUZA, Ernani Vieira de. "O recurso adesivo, o Ministério Público e o terceiro prejudicado". Revista da Ajuris. Porto Alegre: AJURIS, 1977, n. 09, p. 1 1 8; SILVA, José Afonso da. Do recurso adesivo no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: RT, 1 977, p. 1 74; JORGE, Flávio Cheim Apelação cível: Teoria geral e admissibilidade. São Paulo: RT, 1 999, p. 266; CÂMARA, Alexandre Freitas.

Lições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v. 3, p. 75.

197. José Afonso da Silva admite a adesão a recurso de lerceiro/ Minislério Público, com argumentos no mínimo ponderáveis: "Realmente, o sucumbente ficará sempre na expec tativa da utilização do recurso de um terceiro prejudicado ou do Ministério Público especialmente nos processos em que este funcione como fiscal da lei, e, então, temeroso desse recurso, acabaria ingressando com o seu independentemente, ainda quando estivesse desinteressado de recorrer, por satisfazer-lhe a sentença" (Do recurso adesivo no processo civil brasileiro, cit., p. 176. 1àmbém assim, JORGE, Flávio Cheim. Apelação cível, cit., p. 266-267).


N

do terceiro, daí surgiria seu interesse em recorrer adesivamente. Talvez fosse conveniente ter-lhe dado essa oportunidade".198

É possível, ainda, o recmso adesivo do terceiro que poderia ter sido assistente litisconsorcial, mas não foi, tendo em vista que se trata de terceiro que, de regra, fica submetido à coisa julgada material. A lide também (e às vezes somente) lhe diz respeito e é possível imaginar que, inicialmente, tenha o terceiro concordado com a decisão, mas, com a iDterposição do recurso pela parte contrária, se veja na contingência de ter de recorrer para melhorar a sua situação.

d) O exame do recurso adesivo fica condicionado ao juízo de admissibilidade positivo do recurso principal (art. 500, I I I, CPC). O mérito do recurso adesivo somente pode ser analisado se o recurso principal for conhecido. Isso porque quem se valeu do recurso adesivo inicialmente havia aceitado a decisão, que lhe satisfazia, e somente foi recorrida porque a outra parte recorreu (por isso, repita-se mais uma vez, não cabe recurso adesivo a reexame necessário). Se o recurso dessa outra parte não for conhecido, não haveria i nteresse recursai do aderente que justificasse o exame do seu recurso. É por isso que alguns autores preferem denominar o recurso adesivo de recurso subordinado, tendo em vista que o seu conhecimento fica subordinado ao conhecimento do recurso principal (independente).

Merece destaque uma situação interessante decorrente dessa subordinação do recurso adesivo frente ao principal.

Imagine-se que seja interposto um recurso, vindo a parte contrária a interpor um recurso adesivo. Imagine-se. ainda, que o recurso principal não seja admitido. Por causa disso, o juízo a quo inadmile o adesivo (afirmando simplesmente que não admite este por não ter sido admitido o principal). Que deve fazer o sujeito que interpôs o recurso adesivo? Deve agravar? O que ele alegaria no agravo?

Rigorosamente, não há, nessa sin1ação, uma inadmissibilidade do recurso adesivo.

Não se disse que ele era intempestivo, ou deserto etc.; o que houve foi simplesmente o seguinte: não admitido o principal, restou automaticamente inadmitido o adesivo.

Não houve qualquer error injudicando ou qualquer error in procedendo que possa ser demonstrado nas razões do agravo. Na verdade, a decisão está correta,

mas se o recurso principal vier a ser admitido (com, por exemplo, o provimento de eventual agravo interposto), então deverá ser exercido o "verdadeiro" juízo de admissibilidade no recurso adesivo.

esse caso, o recorrente adesivo não deve agravar; o provimento do agravo para que se admita o recurso principal faz "renascer" o recurso adesivo, por efeito anexo.

Provido o agravo para admitir o recurso principal, a admissibilidade do recurso adesivo haverá de ser exercida pelo órgão ad quem.

198. SILVA, José Afonso da. Do recurso adesivo no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: RT. 1977, p.

174-175.

Enfim, em hipótese como essa, o recorrente adesivo não deve interpor agravo. O

provimento de eventual agravo interposto pelo recorrente principal faz com que o recurso adesivo seja apreciado pelo órgão ad quem, que poderá inadmiti-lo por qualquer motivo, mas não porque o recurso principal fora, num momento anterior, inadmitido.

Essa circunstância não impede que o recurso adesivo tenha por objeto outro

capítulo distinto daquele impugnado pelo recurso principal 199• Aliás, é comum que o recurso independente e o recurso adesivo, porque interpostos por partes distintas, tenham por objeto capítulos distintos da decisão.

Nesse sentido, embora o recurso principal trate de alguma questão principal, é cabível recurso adesivo com a finalidade de majorar o valor dos honorários de advogado. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Ainda que vencedora a paite na totalidade dos pedidos, é viável o manejo do recurso adesivo com a finalidade de majorar a verba honorária. Em outrns palavras, caso se entenda que os honorários foram fixados aquém do mínimo legal, configurar-se-á a sucumbência recíproca, abrindo-se a via para a interposição não só do recurso principal, como também do recurso adesivo."20º

Por conta disso, a desistência do recurso principal impede que seja examinado o recurso adesivo. Também não se admite recurso adesivo, se o recurso da outra pa1te não tiver sido conhecido, e "esta se haja abstido de i mpugnar o indefe1imento, ou o haja impugnado sem êxito".2º'

e) São, portanto, pressupostos para o manejo do recurso adesivo: decisão em que houve sucumbência recíproca, o recurso de uma parte e o silêncio da outra, que é exatamente aquela que pretende interpor o recurso adesivo.

Não cabe recurso adesivo a remessa necessária, porque neste caso não houve recurso interposto. É preciso que o Poder Público recorra, para que a outra parte possa aderir ao seu recurso.202

São requisitos para que o recurso adesivo seja conhecido: o conhecimento do recurso principal e os demais requisitos de admissibilidade exigidos para a generalidade dos recursos.

A pa1tir destas premissas, é possível resolver três situações duvidosas.

1) Publica-se decisão em que houve sucumbência recíproca. Ambas as partes recorrem de forma independente. Uma das partes recorrentes desiste do seu recurso.

199. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comemários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., v. 5, p. 3 1 8.

200. STJ, Iª T., REsp n. 936.690/RS, rei. Mia. José Delgado,j. 1 8. 1 2.2007, DJ

de 27.02.2008, p. 172.

20 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comenrários ao Código de Processo Civil. 12 ecl. cil., p. 3 1 8.

202. MORETRA, José Carlos Barbosa. Comenrários ao Código de Processo Civil. 1 2 ecl. cit., p. 3 1 8.

1 03



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Após ser intimada a manifestar-se sobre o recurso da outra, a parte, arrependida do que fez, interpõe novo recurso, na fonna adesiva. É admissível este recurso?

Não, pois, conforme dito, é pressuposto do recurso adesivo que a parte não tenha recorrido, e ela o fez. Ademais, como se viu, a desistência do recurso impede que a parte desistente recorra de novo, ainda que dentro do mesmo prazo. Houve preclusão consumativa.2º3

2) Publica-se decisão em que houve sucumbência recíproca. Ambas as partes recorrem de forma independente. Sucede que o recurso de uma das partes é parcial (não abrange tudo o quanto poderia ter abrangido). Após ser intimada a manifestar-se sobre o recurso da outra, a parte, arrependida do que fez, interpõe novo recurso, na forma adesiva, para impugnar a parcela da decisão que não fora impugnada no recurso independente. É admissível este recurso? Não, pois, conforme dito, é pressuposto do recurso adesivo que a parte não tenha recorrido, e ela o fez. Pa1·cial ou total, não importa, houve recurso.

O recurso adesivo não serve para a complementação de recurso já interposto.

Houve preclusão consumativa.

3) Publica-se decisão em que houve sucumbência recíproca. Ambas as partes recorrem de forma independente. Sucede que o recw·so de uma das partes é intempestivo. Após ser intimada a manifestar-se sobre o recurso da outra, a parte, percebendo o problema do recurso interposto, interpõe novo recurso, na forma adesiva, agora tempestivamente. É admissível este recurso? Não, pois, conforme dito, é pressuposto do recurso adesivo que a parte não tenha recorrido, e ela o fez.

Bem ou mal formulado, não importa, houve recurso. Houve preclusão consumativa.

O recurso adesivo não serve para salvar recurso interposto de forma equivocada.

Se a parte perder o prazo para o recurso principal, é melhor que não recorra e aguarde o prazo para a interposição do recurso na forma adesiva.

f) Barbosa Moreira examina curiosa situação do recurso adesivo interposto pela

Fazenda Pública. Decisão proferida contra o Poder Público submete-se ao reexame necessário (art. 475 do CPC), que impõe a remessa dos autos ao tribunal, com ou sem recurso da Fazenda. Sucede que a Fazenda Pública pode recorrer adesivamente, se acaso não tenha recorrido de forma i ndependente, em ta is situações.

g) Admite-se o chamado recurso adesivo condicionado.

Imagine a seguinte situação (mero exemplo).

203. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59. Em sentido contrário, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. cit., p. 335.

A parte fundamenta o seu pedido em questão constitucional e questão federal. O tribunal acolhe o pedido, mas rejeita o fundamento constitucional (ou federal). A parte vencida poderá interpor recurso especial (para discutir a questão federal, que foi acolhida). Nessa situação, a parte vencedora não tem interesse na interposição do recurso extraordinário para o STF (para discutir a questão constitucional, que foi rejeitada), na medida em que, vitoriosa na questão principal, não pode recorrer para discutir simples fundamento. Sucede que há um problema para a parte vencedora: sem poder recorrer extraordinariamente, ela

pode sofrer um grave prejuízo se o recurso especial da outra parte for provido: é que, em tal ci rcunstância, não poderá rediscutir a questã.o constitucional, que ficara preclusa.

Para evitar esse risco, a doutrina considera possível a interposição de recurso extraordinário/especial adesivo cruzado204 (porque é recurso extraordinário adesivo a recurso especial, ou vice-versa), sob condição de somente ser processado se o recurso independente for acolhido. Explica a situação, mais uma vez, Barbosa Moreira:

"Daí a conveniência, que surge para ele [recorrente adesivo], de inverter-se a ordem do julgamento, só se passando ao exame da matéria veiculada no recurso adesivo na h ipótese de verificar-se que a outra parte tem razão no que tange à matéria do recurso principal; do contrário, simplesmente se negará provimento a este, 'confirmando-se'

a decisão de improcedência do pedido, sem Locar no recurso adesivo. Com base nesse raciocínio é que em mais de um país, ainda que não sem resistência, se tem admitido um recurso adesivo condicionado, isto é, interposto ad cautelam, para ser julgado unicamente no caso de convencer-se o órgão ad quem da procedência do recurso principal".2º5

h) Ainda cabe uma palavra sobre a razão de ser do recurso adesivo.

Explica o tema Barbosa Moreira, em lição que merece ser resurnida.206

Nos casos de sucumbência recíproca, uma das partes, embora não totalmente satisfeita, pode sentir-se inclinada a conformar-se com o julgamento.

204. OLIVEIRA, Pedro Miranda. "Recurso excepcional cruzado". Aspectos polêmicos e at11ais dos recursos cíveis e de 011tros meios de i111p11g11ação às decisões j11dicinis. Teresa Wambier e Nelson Nery)r. (coord.) São Paulo: RT, 2005, p. 609 e segs; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "Interesse recursai eventual e o recurso adesivo condicionado ao julgamento do recurso principal". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 32, p. 41-45. Não admitindo essa o recurso adesivo condicionado, ROSSI, Júlio César. "O

recurso adesivo, os recursos excepcionais (especial e extraordinário) e o art. 500 do CPC". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 32, p. 69-75.

205. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comenlários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 329 (o texto em itálico é do original; o texto entre colchetes é nosso). Do mesmo autor, "Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição". Direito aplicado II. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

206. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo

Civil. I 2 ed. cit., p. 308-309.

105

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Se, entretanto, não interpuser o recurso no prazo comum, sujeita-se a ver prosseguir o feito, apesar disso, em virtude da interposição pela parte contrária, talvez no último instante do prazo. Esse efeito surpresa acarretava-lhe dupla frustração: a) abstivera-se de recorrer por achar que o encerramento imediato do

processo era compensação bastante para a renúncia à tentativa de alcançar integral satisfação, e, no entanto, a compensação lhe escapara; b) poderia não dispor de meio idôneo para retificar a posição primitiva. Na verdade, é possível imaginar que ambas as partes não quisessem recorrer, "sob condição de que a outra parte observasse comportamente idêntico", mas recorrem, para evitar esta situação. Subsistiria sempre no espírito da parte o receio de que a outra parte viesse a recorrer no momento derradeiro. Sem o recurso adesivo, pois, havia o favorecimento ao prolongamento do processo, talvez desnecessário e nem sequer verdadeiramente querido pelas partes.

O recurso adesivo visa evitar, portanto, a interposição precipitada do recurso pelo parcialmente vencido, graças à certeza de que terá nova oportunidade de impugnar a decisão. Ambas as partes vêem-se incentivadas a abster-se de impugnar a decisão, pois, recorrendo imediatamente, poderiam provocar a reação de um adversário em principio disposto a conservar-se inerte. É um contra-estímulo ao recurso.

CAPÍTULO II

APELAÇÃO

Sumário • 1 . Conceito - 2. Situações excepcionais: 2 . 1 . Embargos infringentes de alçada; 2.2. Causas internacionais; 2.3. Lei de Assistência Judiciária; 2.4. Sentença que julga a liquidação da sentença; 2.5. Sentença que decreta a falência; - 3. Regularidade formal - 4. Efeitos: 4 . 1 . Efeito devolutivo; 4.2. Análise do mérito pelo tribunal, após afastar o motivo da extinção do processo (§ 3° do art. 5 1 5 do CPC); 4.3. Apelação na hipótese do art. 285-A do CPC; 4.4.

Efeito suspensivo; 4.5. Meios para concessão de efeito suspensivo à apelação - 5.

Questões anteriores à sentença ainda não decididas (CPC, art. 5 1 6) - 6. A inovação em sede de apelação - 7.

Procedimento: 7. 1 . Procedimento em primeira instância. A súmula impeditiva de recurso; 7.2. Procedimento no tribunal; 7.3. Correção de defeitos processuais no procedimento da apelação.

1 . CONCEITO

A apelação é o recurso por excelência, porquanto é por meio dela que se insurge contra a sentença, que é o ato judicial que aprecia ou rejeita o pedido e que concede ou nega a tutela jurisdicional postulada. A apelação, a teor do que estabelece o art. 5 1 3 do CPC, pode ser interposta contra toda e qualquer sentença, tenha ou não sido apreciado o mérito.

Constitui o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição, pe1mitindo ampla atividade cognitiva pelo órgão ad quem. É

recurso advindo da apellatio romana, sendo utilizado por quase todos os países do mundo civilizado.

A apelação, então, é o recurso cabível para se impugnar os atos do juiz que ponham termo ao procedimento, com ou sem julgamento do mérito; ou seja, serve para impugnar as sentenças definitivas ou terminativas. Em qualquer procedimento, seja ele ordinário, sumário ou especial, seu encerramento opera-se por uma sentença, que é apelável. É irrelevante se o procedimento adotado se insere na jurisdição voluntária ou contenciosa. A extinção do processo se dá por sentença e esta é desafiada por apelação. O processo cautelar também se encerra por sentença, da qual cabe apelação. Conquanto não haja propriamente julgamento na execução, esta se encerra, de igual modo, por sentença (CPC, art. 795), da qual também cabe, em tese, apelação.

Com o advento da Lei Federal nº 1 1 .232/2005, restou alterado o conceito de sentença para fixá-lo como o ato do juiz de acordo com o art. 267 ou 269.

Na realidade, a modificação da definição legal de sentença serviu apenas para adaptar-se, tecnicamente, à nova sistemática do processo, cuja estrutura afasta a

existência de um processo autônomo de execução, sendo certo que, a pmiir do seu início de vigência, o processo será um só, com duas fases: a de acertamento e a de 107



cumprimento. A sentença, em essência, é aquele ato do juiz que extinguiu o processo sem julgamento do mérito ou que resolveu todo o mérito, pondo termo à fase de acertamento ou de cumprimento. E é contra esse ato judicial que cabe a apelação.

Convém apontar uma circunstância importante: tradicionalmente, o regramento da apelação servia como parâmetro de interpretação para a aplicação dos demais recursos. A despeito da existência de um capítulo geral, ainda são aplicáveis aos outros recursos alguns dispositivos previstos no capítulo da apelação, à míngua de previsão expressa, como são os casos dos §§ 1 º, 2°, 3° e 4° do art. 5 1 5 e a possibilidade de relevação da deserção prevista no art. 5 1 9, ambos do CPC. Assim, este capítulo cuidará apenas daquilo que for específico ao recurso de apelação.

2. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

Já foi dito que a apelação é o recurso cabível contra a sentença. Sucede que há situações excepcionais, que precisam ser destacadas.

2. 1 . Embargos infringentes de alçada

Das sentenças em execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - O RTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. Esses embargos infringentes não são os embargos infringentes regulados pelo CPC nos arts. 530 e seguintes. Para que não haja confusão, devem ser chamados de embargos infringentes de alçada. Trata-se de recurso que será julgado pelo próprio juízo prolator da sentença e deve ser interposto no prazo de dez dias, sem necessidade do preparo1 •

Em relação a o valor, cumpre transcrever, inclusive com notas, o resultado da pesquisa que fez Bernardo Pimentel Souza:

"A propósito, a quantificação do teto de alçada é essencial para fixar o cabimento da apelação ou do recurso de embargos infringentes do artigo 34 da Lei n. 6.830, de 1 980. Trata-se de vex.ata quaestio, já que é possível encontrar três diferentes opiniões quanto ao valor. Os Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul fixaram que as 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional equivalem a 283,43 Unidades Fiscais de Referência. É o que também estabelece o Provimento n. 8 da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, de 1 995, especificamente no tópico 45. 1 do segundo capítulo: 'Nas execuções fiscais será anotado na capa, para.fins do art. 34 da Lei Federal 11. 6.830180, o valor em reais que, na data da distribuição, equivaler a 283,43 UFIR'. Voltando os olhos para a doutrina, há lição no mesmo sentido. Porém, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal chegou a outro montante: as 50 Obrigações

Reajustáveis do Tesouro Nacional são iguais 1.

SOUZA, Bernardo Pimentel. "Embargos infringentes de alçada". Revista de Direito Processual Civil.

Curitiba: Gênesis, 2003, n. 28, p. 225.

108

APELAÇÃO

a 50 Obrigações do Tesouro Nacional, que equivalem a 440,30 Bônus do Tesouro Nacional, os quais correspondem a 444,85 Unidades Fiscais de Referência. Com a conversão para a moeda corrente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal chegou ao total de R$473,42. Por fim, quando julgou a quaestio iuris, o Superior Tribunal de Justiça fixou que as originais 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional equivalem a 3 1 1 ,59 Unidades Fiscais de Referência".2

Em recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. n. 8/2008-STJ

(repetitivo), o STJ determinou o valor que representa 50 obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Segundo o aii. 34 da Lei n. 6.830/ 1 980 (LEF), é cabível apelação das execuções fiscais nas hipóteses em que o valor exceda, na data da propositura da ação, 50 ORTNs (valor de alçada). Conforme o julgado no REsp 607.930-DF, DJ 1 7/5/2004, que enfrentou a questão, com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu o índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente a fim de evitar a perda do valor aquisitivo. Assim, 50 ORTN 50 OTN 308,50 BTN

=

=

=

308,50 UFIR R$ 328,27 a partir de janeiro/200 1 , quando foi extinta a UFIR e

=

desindexada a economia. Dessa forma, o valor de alçada deve ser auferido, observada a paridade com a ORTN, no momento da propositura da execução, levando em conta o valor da causa. Ademais, tal procedimento está em harmonia com a sistemática adotada pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Também se leva em conta a j urisprudência deste Superior Tribunal que assenta: extinta a UFIR

pela MP n. J .973/2000, convertida na Lei n. 1 0.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo lBGE (Res. n. 242/2001 -CJF).

Precedentes citados: AgRg no Ag 965.535-PR, DJe 6/l 1 /2008; AgRg no Ag 952 . 1 1 9-PR, DJe 28/2/2008; AgRg 952. 1 1 9-PR, DJe 28/2/2008; REsp 602 . 1 79-SC, DJ 27/3/2006, e REsp 76 1 .3 1 9-RS, DJ 20/3/2006. REsp 1 . 1 68.625-MG, Rel. M in. Luiz Fux, julgado em 9.6.20 1 0 .

Anote-se que o STJ não admitiu a aplicação d o princípio d a fungibilidade, no caso em que a parte interpôs apelação, sendo hipótese de embargos infringentes de alçada (1 ª T., .REsp n. 4 1 3.827/PR, rei. Min. Teori Zavascki, j . 06.05.2004, publicado no DJ em 24.05.2004).

2.2. Causas internacionais

Nas causas envolvendo Estado estrangeiro ou organismo internacional contra município ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil, a sentença é impugnada 2.

"Embargos infringentes de alçada". Revista de Direi10 Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 28, p. 222.

1 09

por recurso ordinário constitucional, que faz às vezes de apelação (Lei Federal n. 8.038/1 990, art. 37). O recurso ordinário constitucional, aqui, deve obedecer a todos os requisitos de admissibilidade de apelação. É por isso que a Lei Federal n. 8.038/1 990, que regulamenta os recursos para o STJ/STF, ao referir-se a essa hipótese de cabimento do recurso ordinário, prefere denominá-lo de apelação.

Há, porém, um aspecto peculiar desse recurso, que o diferencia do agravo ou da apelação. É o quorum para julgamento. O agravo e a apelação devem ser

julgados com o voto de três juízes (art. 555, caput, CPC). O recurso ordinário é julgado por Wlla tw-ma do STJ, que é composta por cinco ministros e todos votam.

As decisões no STJ, salvo em habeas corpus, devem ser tomadas pela maioria absoluta dos membros da Turma (art. 4 1 -A, Lei Federal n. 8.038/1 990), o que implica dizer que, para ser vencedor no procedimento recursa!, é preciso o voto favorável de três ministros (veja que na apelação e no agravo, bastariam os votos favoráveis de dois julgadores)3.

2.3. Lei de Assistência Judiciária

O art. 1 7 da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1 .060/1 950) está assim redigido: "Caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta lei; a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando a sentença conceder o pedido".

A despeito da literalidade do texto, contra a decisão de primeiro grau de jurisdição que denega a concessão da justiça gratuita ou que julga improcedente a impugnação manejada pela parte adversária, cabe agravo de instrumento, por se tratar de típica decisão interlocutória. A expressa previsão do recw·so de apelação contra qualquer decisão que aplica a Lei de Assistência Judiciária (art. 1 7) tem causado sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A interpretação literal do dispositivo levaria a situações absurdas. O texto é claro ao afinnar que contra as decisões que apliquem aquela lei caberá apelação; 3.

"No primeiro deles (arl. 4 1 -A, LF 8038/90), para expressar que as decisões no STJ, salvo nos casos de habeas co1p11s. exigem maioria absoluJa do respectivo órgão, norma que se fazia necessária para evitar julgamentos, por Turmas daquele Tribunal, pela maioria simples de dois votos a um (2X 1). Como se sabe.

o Supremo, em decisão por muitos tida por discutível, afirmou ser possível tal quorum (2X 1) ao argumento de inexistir lei exigindo o mínimo de três votos no sentido majoritário, como dispunha a norma regimental do STJ. Certa ou não a citada decisão, o foto é que agora a lei veio dirimir a questão, merecendo aplausos, por não ser razoável que um julgamento cm instância especial provenha de quorum limitado a apenas dois votos no sentido vencedor'" (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A Lei 9.756/98 e suas inovações". Aspectos

polémicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson ery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 546). Assim, também, SOUZA, Bernardo Pimentel.

lntroduçào aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ed. ci1., p. 566.

1 1 0

APELAÇÃO

não há qualquer restrição. Assim, a decisão que não concede o beneficio, por exemplo, deveria ser apelável e não agravável, pois se trata de decisão que, inequivocamente, aplica a lei em questão. Os autos, por isso, haveriam de subir ao tribunal junto com o recurso interposto, pois é o que sucede nas hipóteses de apelação - a menos que se cogite de uma apelação por instrumento, modalidade recursai inexistente. Acontece, ainda, que, se assim fosse, o sistema recursai do CPC - simétrico: contra cada tipo de decisão, um recurso - seria inútil, pois, inequivocamente, se trata de decisão interlocutória, e não sentença. E mais: mesmo que se tratasse de decisão do pedido de revogação cio benefício ou de decisão acerca da concessão ulterior do benefício - ambas proferidas, de acordo com o que determina a Lei de Assistência Judiciária, em incidentes de autos próprios, está-se diante de interlocutórias, e não sentenças, porquanto se trate de decisão de incidentes processuais. Estas decisões extinguem o incidente, jamais o processo, não havendo que se falar, assim, em sentença, nem, por conseguinte, em apelação.

A norma é absurda. As decisões judiciais que aplicam a Lei de Assistência Judiciária (negando o beneficio - inicial ou ulteriormente-, revogando a concessão ou negando a revogação) são interlocutórias e, portanto, agraváveis. Cândido Rangel Dinamarca reconhece caráter incidental ao pedido de assistência judiciária; reconhece a qualidade de interlocutória ao provimento que o decide; mas insiste em que, por força do citado art. 1 7 e de precedentes do STJ, o recurso cabível é a apelação.4 Diverso é o pensamento de Nery Jr. e Nery, que tentam contemporizar a questão.5

Para uma posição intermediária, ciente de todos os defeitos técnicos do dispositivo, confira-se Araken de Assis: "Na sua rigorosa literalidade, a regra é inatendível pelo mais contrito positivista: haverá atos que, julgando de plano o pedido, internamente ao processo, desafiam agravo, sob pena de embaraçar o andamento do processo. Contudo, autuado separadamente o pedido de concessão (art. 6°, segunda parte) ou a i mpugnação (arts. 4°, § 2°, e 7°, parágrafo único, c/c art. 6°, segunda parte), conquanto incidente do processo, a resolução do primeiro grau desafiará apelação. Impróprio que seja semelhante recurso, considerando a tipologia dos atos no estatuto em vigor (art. 1 62, §§ 1 ° e 2°), sua tramitação em autos apartados em nada prejudica o prosseguimento do processo6". De todo modo, 4.

Ins1i111ições de direi/o processual civil, volume n, ob. cit., p. 466, nota de rodapé 1 8.

5.

Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor, ob. cit., p. l .84 1 .

6 .

"Garantia de acesso à justiça: beneficio da gratuidade". Doutrina e prática do processo civil conlemporâneo.

São Paulo: RT, 2001, p. 97.

1 1 1

é caso de aplicação do princípio da fungibilidade recursai, em razão da dúvida objetiva quanto ao cabimento do recurso.7

2.4. Sentença que julga a liquidação da sentença

De acordo com o art 475-H do CPC, cabe agravo de instrumento da decisão que julga a liquidação de sentença. A circunstância de a lei impor o recurso de agravo de instrumento levou alguns doutrinadores a entenderem que a liquidação

de sentença é julgada mediante decisão interlocutória8.

Não é, contudo, o tipo de recurso previsto em lei que qualifica a decisão proferida pelo juiz. Conquanto cabível agravo de instrumento, a liquidação é julgada por sentença9.

Realmente, nada obstante a l iquidação não ensejar mais um processo autônomo, enquadrando-se como uma mera fase a mais do processo de conhecimento, é inquestionável que a liquidação somente se inicia por uma demanda, proposta 7.

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça aplicando a fungibilidade recursai. Nesse sentido: acórdão da 4• Turma, R.Esp 44.796/SP, rei. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23/11/1999, DJ 2 1/02/2000, p. 125.

No mesmo sentido: acórdão da 3• Tunna, R.Esp 256.281/AM, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22/5/200 1 , DJ 27/8/2001, p. 328. Os precedentes mais recentes manifestam, diversamente, a orientação de que cabe apelação, não sendo possível aplicar a fungibilidade recursai. Nesse sentido: acórdão da 4°

Tunna, REsp 780.637/MG, rei. Min. Jorge Scanezzini, j. 8/11/2005, DJ28/l 1/2005, p. 3 1 7. No mesmo sentido: acórdão da 4" Turma, AgRg no AgRg no Ag 1 . 1 03.542/SP, rei. Min. Maria Tsabel GaUotti, j.

l 7/1 l/20l l , DJe 29/l l/20l I.

8.

ALVIM, J. E. Carreira. Alterações do Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: lmpetus, 2006, p.

l 5 1 ; ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, § 12, n. 53, p. 135; BUENO, Cassio Scarpinella. A no1a etapa da reforma do Código de Processo Civil: comemários sistemáticos às Leis n. 1 1 . 1 87, de 19-10-2005, e 1 1 .232, de 22-1 2-2005. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1 , p. 6 1 ; CÂMARA, Alexandre Freitas. A nova execução de sentença. 3ª ed. Rio d e Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.

86-87; GR.ECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 1 1 .232/05.

Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, mar/2006, v. 36. p. 73; LISBOA, Celso

/\nicet. A reforma do Código de Processo Civil: comeniários às Leis nº IJ.187, de 19 de outubro de 2005

(Agravo), e 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Fases de cumprimento da sentença). R.io ele Janeiro: Forense, 2006, n. 24, p. 5 1 ; MARCATO, Antonio Carlos. Da liquidação de sentença. A nova execução de títulos judiciais: come111ários à Lei 11.232105. R.ENAULT, Sérgio. BOTfrNI, Pierpaolo (coords.).

São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1 16; MONTENEGRO FILHO, Misael. Cumpri111e1110 da sentença e owras reformas processuais. São Paulo: Atlas, 2006, n. 2. 14, p. 48; THEODORO JÚNlOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 6.8, p. 189.

9.

DIDIER JR., Fredie. A terceira etapa da reforma processual civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85; FLA

CH, Daisson. A nova execução. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, nn. 39-41, pp. 66-73; WAMBl'ER. Luiz Rodrigues. Sentença civil: liquidação e cumprimento. 3'

ed. São Paulo: RT, 2006, n. 3.5.6, p. 173; WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

M'EDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil - 2° série. São Paulo: RT, 2006, p. 132; ALECR.llvl, Felipe Regueira. Agravo de instrumento do artigo 475-H do CPC e a natureza da decisão de liquidação de sentença. Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais. CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 39-48.

1 1 2

pela parte vitoriosa. Sendo iniciada por uma demanda, a liquidação se encerra por sentença.

Proferida sentença ilíquida, encerra-se uma fase do processo de conhecimento. Muito embora a definição legal de sentença não contenha mais a referência à extinção do processo (CPC, art. 1 62, § 1 º), é inegável que se revela ínsito ao seu conceito a noção de encerramento. É certo que, com a sentença, não se encerra o processo, mas se encerra uma fase do procedimento, havendo ou não

resolu

ção do mérito. A liquidação de sentença, disciplinada a partir do art. 475-A do CPC, não gera a formação de outro processo, mas dá início a uma nova.fase do procedimento, que somente se desencadeia com uma nova demanda. Não é sem razão, aliás, que o referido art. 475-A do CPC exige que haja requerimento para que se inicie a liquidação.

Ora, sabe-se que, num mesmo processo, pode haver mais de uma demanda, como ocorre, por exemplo, em processos em que haja reconvenção ou denuncia

ção da lide. A fase de liquidação da sentença exige requerimento do credor, ou seja, deve haver a propositura, naquele mesmo processo, de uma nova demanda: a demanda de liquidação.

Demais disso, a liquidação tem objeto distinto da fase de conhecimento que a antecede, devendo o juiz exercer outra cognição, somente permitida com o ajuizamento da demanda de liquidação. Enquanto na fase de conhecimento se define o an debeatw; na fase de liquidação se estabelece o quantum debeatur, numa indicação de que os objetos, em cada fase, são diversos, variando a cognição a ser desenvolvida pelo juiz. Em outras palavras, a liquidação tem objeto litigioso próprio, contendo, portanto, mérito próprio, distinto do objeto da precedente fase de conhecimento. O processo de conhecimento passou a ser um só, com várias fases, mas cada fase é iniciada por uma nova demanda, que se encerra por sentença. Quer isto dizer que o processo civil brasileiro passou a desenvolver-se em procedimento que contém mais de uma sentença, o que não é inusitado, bastando lembrar da ação em que se exige a prestação de contas, em que se verifica a existência de duas fases, cada uma resolvida por uma sentença diferente 10.

Mesmo não sendo mais um processo autônomo, a liquidação se inicia por uma demanda, encerrando-se por sentença 11 • Segundo esclarece Chio venda, a Ie-1 O. «Pode-se dizer que, de certo modo, havendo liquidação, o título executivo surge de fonna fragmentada, formando-se por duas sentenças." (WAMB!ER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arrnda Alvim. ME

DfNA, José Miguel Garcia. Breves come111ários à nova sistemática processual civil- 2" série. São Paulo: RT, 2006, p. 132).

1 1 . A propósito, merece registro a observação feita por Nelson Nery Junior e

Rosa Maria de Andrade Nery:

"Mesmo sendo ação, a atual sistemática empreendida pela L 1 1 232/05 simplifica e agiliza a liquidação, de 1 1 3

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

gislação italiana aplica o nome e a disciplina da sentença a provimentos diversos: é sentença toda resolução de questões proferida no curso do processo, mas também é sentença o ato final do juiz que decide a lide, acolhendo ou

rejeitando o pedi.do contido na demanda proposta pelo autor12. E, prossegue, aduzindo que, por influência germânica, ao primeiro tipo se confere a terminologia de sentença interlocutória ou não definitiva, enquanto o segundo tipo identifica-se como sentença definitiva13. Adverte, ainda, que somente quando o juiz acolhe ou rejeita a demanda é que pode haver coisa julgada, de s01te que a coisa julgada apenas se produz na sentença definitiva, e não na sentença interlocutória14.

A liquidação se inicia por uma demanda, em que o credor formula um pedido, consistente na apuração e fixação do valor a ser executado ou objeto de cumprimento. Ao julgar a liquidação, o juiz estará acolhendo ou rejeitando esse pedido, exercendo uma atividade que se encaixa na previsão do inciso I do art. 269 do CPC. Estará, em uma palavra, proferindo sentença. A sentença que condenou o réu é, nas palavras de Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, uma sentença parcial, sendo a liquidação posterior encerrada por outra sentença, também parcial15: a sentença total será a sorna das duas anteriores, que são parciais.

Conquanto seja uma mera fase do processo, a liquidação se inicia por uma demanda, com objeto próprio, encerrando-se por sentença, que produz coisa julgada material. Vale dizer que, julgada a l iquidação, haverá coisa julgada material, após esgotadas as vias recursais ou não interposto recurso. Não poderá mais o juiz, durante a fase posterior de cumprin1ento da sentença, rever o quantum debeatur estabelecido na decisão que julgou a liquidação. Operado o trânsito em julgado, somente por ação rescisória pode o valor ser revisto, a não ser que haja algum erro material, que não passe em julgado.

modo a dar-lhe rito procedimental mais expedito, sem a autonomia e independência que havia no regime do revogado CPC 603/61 1 . Mas isso não lhe rei ira a natureza jurídica de açcio, que se exerce, contudo, dentro do mesmo processo. entendido este como sendo o conjunto formado pela cumulação de todas as pretensões e ações que se desenvolvem em sim11lta11e11s processus, sem instaurar nova relação jurídica processual.

Portanto, na prática, a liquidação funciona com procedimento de sequência da ação de conhecimento sem maiores formalidades, isto é, sem necessidade de petição inicial e com dispensa da citação do réu. Essa solução não é novidade no sistema do CPC, que também não dá autonomia nem independência à reconvcnção (processa-se dentro do processo da ação principal), que é,

igualmente, ação. substituindo-se nela a citação pela intimação do reconvindo na pessoa de seu advogado (CPC 3 1 6)." (Código de Processo Civil comentado e legislação e.xtravaga111e. 9" ed. São Paulo: RT, 2006, n. 3 ao art. 475-A, p. 629).

12. Cosa giudicata e preclusione. Saggi di Dirillo Process11c1le Civile (1894-1937) - volume terzo. Milano: Giuffre, 1 993, p. 238-243.

13. Idem, p. 239-240.

14. Idem, p. 245. No mesmo sentido: VERDE, Giovanni. Profili dei processo civile. 2' ed. Napoli: Jovene, v.

2. 2000, p. 167; TARZIA, Giuseppe. Li11eame11ti dei processo civile di cognizione. 2' ed. Milano: Giuffrê, 2002, n. 54, p. 228-238.

1 5 . GUASP, Jaime. ARAGONESES, Pedro. Derecho Procesal Civil. 5" ed. Madrid: Civitas, 2002, t. 1, p. 506.

APELAÇÃO

Enfim, a liquidação se encerra por sentença.

Embora a liquidação se encerre por sentença, o art. 475-H do CPC estabelece o agravo de instrumento como o recurso cabível contra a decisão que encerrar a fase de liquidação.

2.5. Sentença que decreta a falência

Uma das questões mais controvertidas na doutrina é a sistemática recursai falimentar.

É certo que a própria lei falimentar contribui para a polêmica, quando, p.ex., diz, que da decisão que decretar a falência cabe agravo (art. l 00, primeira parte, da Lei Federal n. l 1 . 1 0 1 /2005, LFRE), conquanto afirme ora que o pronunciamento jurisdicional que decreta a falência é sentença (art. 99, caput, da LFRE), ora que é decisão (arts. 99, parágrafo único, e 1 00, primeira parte, da LFRE).

Ao que parece, nesta confusa mistura do texto de lei, o legislador, no art. 99 da LFRE utilizou a palavra "decisão" em sentido amplo. E essa opção é problemática, pois o CPC cuidou de arrolar, no arL 1 62 do CPC, os tipos de decisão judicial em primeira instância. "Decisão" é um gênero, e não uma espécie.

Para compreender o problema, é preciso relembrar o que foi dito, no capítulo sobre temia geral dos recursos, sobre a distinção entre decisão interlocutória e sentença, notadamente por conta da mudança operada pela Lei Federal n. 1 1 .232/2005.

Pois bem: como fica a questão da decisão que decreta a falência?

De acordo com a redefinição do conceito legal de sentença, é bem razoável a afirmação de que se trata aqui de uma sentença, que encerra a fase de conhecimento do processo de falência, dando início à fase executiva. De fato, neste primeiro momento, cabe ao magistrado verificar o preenchimento dos pressupostos materiais de existência do direito potestativo do credor de "quebrar" o devedor impontual e dar origem à execução universal.

O problema é que o legislador previu o recurso de agravo contra essa decisão, o que excepciona a regra do CPC, que estabelece a apelação como recurso cabível em tais situações. Não seria, entretanto, caso raro de incongruência legislativa: a) o art. 1 7 da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1 .060/1 950) prevê o recurso de apelação contra decisões interlocutórias; b) o art. 475-H prevê o cabimento do agravo contra decisão que julgar 1 iquidação de sentença, decisão essa que também encerra uma fase do procedimento e que, por isso, poderia tranquilamente ser alcunhada de sentença.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Não se pode ignorar, porém, que as regras de cabimento do recurso e os conceitos legais das espécies de decisão (cuja função é exatamente a de estruturar o sistema recursai) não são doutrinários. Trata-se de regras de direito positivo e por isso contingentes. Não é possível reduzi-las aos esquemas abstratos da teoria do processo, pois uma "penada legislativa" aniquilaria tudo o quanto fosse afinuado.

Não há restrição teórica alguma ao cabimento de agravo contra uma sentença.

Mas não se pode deixar de criticar a opção legislativa, que revela incoerência, postura que se não pode elogiar, pois sempre causadora de dúvidas práticas e discussões doutrinárias.

Parece inegável, então, que se está diante de uma situação excepcional: contra uma sentença cabe agravo. Convém, ao entanto, fazer uma advertência: o caso é de agravo de instmmento, e não de agravo retido, pela absoluta incompatibilidade deste último com o sistema do processo de falência. Basta pensar no seguinte: decretada a falência, quando o agravo retido seria reiterado? Jamais. Sobre o cabimento do agravo retido ou do agravo de instrumento, veja item a isso destinado no capítulo sobre os agravos.

3. REGULARIDADE FORMAL

A apelação deve ser interposta no prazo de quinze dias por meio de petição escrita dirigida ao juízo de primeira instância que proferiu a sentença. Não se admite a interposição oral da apelação. Pode a apelação ser interposta por via fac-símile, caso a transmissão seja de boa qualidade e desde que os originais cheguem ao j uízo ou tribunal em até 5 (cinco) dias depois do vencimento do prazo, nos termos da Lei Federal n 9.800/1 999.

No caso de apelação interposta segundo o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo é de dez dias, na forma do art. 1 98, II, da Lei Federal n.

8.069/ 1 990.

A apelação pode ser interposta por petição única ou por petição de interposição que contenha, separadamente, as razões recursais. Neste último caso, é imprescindível que ambas sejam apresentadas ao mesmo tempo. A petição deve vir subscrita por advogado habilitado aos autos. Não estando, porém, o advogado habilitado ou faltando sua assinatura, cumpre aplicar o art. 1 3 do CPC, suspendendo-se o processo, a fim de que, intimado o apelante, seja regularizado o vício, sob pena de não ser conhecido o apelo.

Não é necessário que, na petição de interposição ou nas razões recursais, o apelante indique qual o tribunal que deverá julgar seu apelo. Em outras palavras, a falta de indicação do órgão ad quem não inviabiliza a apelação, "pois o artigo 5 1 4 exige apenas que a petição seja dirigida ao juiz de primeiro grau. Aliás, a 1 1

indicação errônea do h·ibunal ad quem também não conduz à prolação de juízo negativo de admissibilidade. É que se extrai do § 2° do artigo 1 1 3 do Código de Processo Civil".16

O art. 5 1 4 do CPC fixa o conteúdo da apelação, estabelecendo, inicialmente, que devem constar os nomes do apelante e do apelado, com suas respectivas

qualificações. O objetivo da norma é delimitar subjetivamente o recurso, pois h averá oportunidades em que nem todos os litigantes de primeira instância sejam abrangidos pelo recurso, como também pode acontecer que terceiro ingresse no processo, interpondo apelação. Segundo Barbosa Moreira, a não ser nesta última hipótese, é excessivo o requisito da qualificação, pois aqueles que já eram partes estarão, naturalmente, qualificados, constituindo a omissão em simples irregularidade17•

A apelação deve, demais disso, conter os fundamentos de fato e de direito, compreendendo as chamadas razões de apelação, que hão de ser apresentadas juntamente com a petição de interposição, não havendo chance para juntada ou complementação posterior. Em razão dessa exigência, não se permite a interposição de apelação por "cota nos autos", nem por referência a alguma outra peça anteriormente oferecida, de forma que não se admite apelação cujas razões se restrinjam a reportar-se à petição inicial, à contestação ou à outra peça apresentada. Significa que a apelação deve conter argumentos que, ao menos, tentem rechaçar a conclusão a que chegou a sentença atacada. Nesse sentido, assim já decidiu o STJ:

"O requisito de admissibilidade da regularidade formal só estará satisfeito, se o recorrente apresentar em suas razões recursais os motivos pelos quais não merece subsistir o fundamento no qual está apoiado o aresto recorrido. lnteligência do art.

540 c/c o art. 5 J 4, II, ambos do CPC". 18

Finalmente, a apelação deve conter o pedido de nova decisão. Ao se demonstrar um errar in procedendo, deve o apelante requerer a anulação da sentença.

Demonstrando, diversamente, um errar in iudicando, deverá requerer sua reforma.

Demonstrados os dois tipos de effos, deve-se requerer a anulação e, subsidiariamente, a reforma da sentença. O pedido serve para delimitar a extensão do efeito devolutivo, fixando o que é que o tribunal pode apreciar, tal como restará mais bem esclarecido no próximo item.

1 6. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 12.3, p. 289-290.

17. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, v. 5, n. 235, p. 3 79.

18. Acórdão unânime da 2' Turma do STJ, ROMS 8784/MA, rei. Min. Adhemar Maciel,j. 06/10/1997, DJ de 10/1 1 / 1 997, p. 57.53 1 .

1 1 7

4. EFEITOS

4.1. Efeito devolutivo

A apelação, como qualquer outro recurso, contém o efeito devolutivo. Por força do efeito devolutivo, são h·ansferidas ao órgão ad quem as questões suscitadas pelas partes no processo, com o objetivo de serem reexaminadas. O efeito devolutivo pode ser analisado em relação à sua profundidade e à sua extensão.

Quanto à extensão, o grau de devolutividade é definido pelo recorrente, nas razões de seu recurso19. Significa dizer que, ao deduzir o pedido de nova decisão, o recorrente fixa a extensão da devolutividade, a fim de que o tribunal possa julgar o recurso. Trata-se da aplicação do aforismo tantum devolutum quantum appellatum, valendo dizer que, nesse caso, a matéria a ser apreciada pelo tribunal

"é delimitada por o que é submetido ao órgão ad quem a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso. O objeto do julgamento pelo órgão ad quem pode ser igual ou menos e.xtenso comparativamente ao julgamento do órgão a quo, mas nunca mais extenso".2º

Nesse sentido, sendo, por exemplo, requerida pelo recorrente apenas a reforma parcial do julgado, o tribunal não poderá conceder-lhe a reforma total, ainda que lhe pareça ser a melhor solução. Isso porque, ao deduzir seu pedido de nova decisão, o reco1Tente fixou a extensão do efeito devolutivo, postulando ao tribunal apenas a refonna parcial. Desse modo, o tribunal somente lhe poderá outorgar o que foi exatamente requerido ou menos do que isso. Não poderá conceder-lhe mais do que foi pedido.

Por sua vez, a profundidade do efeito devolutivo "é medida pelo material jurídico e fático com que o órgão ad quem poderá trabalhar"21• A profundidade do efeito devolutivo "consiste em determjnar em que medida competirá ao tribunal a respectiva apreciação - sempre, é óbvio, dentro dos limites da 'matéria impugnada'".22

Na realidade, não é somente a matéria efetivamente abordada na sentença que poderá ser inserida no efeito devolutivo da apelação. Tanto as questões suscitadas e discutidas no processo - mesmo que não decididas por inteiro - como as questões anteriores à sentença - ainda não decididas - poderão ser ventiladas no 19. Na verdade, essa afirmação aplica-se aos argumentos de mérito

e àqueles em que se aplica o princípio disposi1i' o, não abrangendo as matérias de ordem pública nem os casos em que o íeito teve extinção prematura na origem.

20. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ejic<icia das decisões e execução provisória. São Paulo: RT, 2000, p. 2 18.

2 1 . LUCON. Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória, cil., p. 2 1 8.

22. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Pivcesso Civil. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, n. 244, p. 397.

recurso do apelante, possibil itando ao tribunal sua análise. É o que se depreende das regras encartadas nos arts. 5 1 5, § 1 º, e 5 1 6, ambos do CPC.

A devolução permitida pelo § l 0 do art. 5 1 5 do CPC refere-se a questões suscitadas e discutidas no processo, mas que não foram abordadas na sentença, total ou parcialmente. Nesse caso, caberia ao interessado a interposição de embargos de declaração, ao fito de suprimir a omissão incorrida pelo julgador, ou, para evitar maiores delongas, já intentar seu recurso de apelação, incluindo a

matéria, cuja apreciação pode e deve ser feita pelo tribunal.

Para que seja possível o reexame da matéria em sede recursai, há que se ter presente dois elementos principais: a) a definição pela lei de qual será a matéria passível de ser objeto do recurso; b) a extensão da matéria que poderá ser apreciada, dependendo dos limites traçados pela impugnação recursai ou nos casos determinados pela lei que, independentemente de ter sido apreciada na decisão impugnada, deve ser examinada pelo tribunal.23

Os arts. 5 1 5 e 5 1 6 do CPC estabelecem a profundidade da cognição a ser exercida pelo tribunal, respeitada a extensão fixada pelo recorrente. Assim, tendo o recorrente, por exemplo, postulado apenas a reforma parcial do julgado, o tribunal, não ultrapassando esse limite de extensão, poderá analisar todo e qualquer fundamento, provas e demais elementos contidos nos autos, ainda que não abordados na sentença recorrida. Enfim, poderá o tribunal, em profandidade, analisar todo o material constante dos autos, limitando-se, sempre, à extensão fixada pelo recorrente.

Tome-se como exemplo uma sentença que condene o réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Em sua apelação, a parte demandada impugna, apenas, o trecho da sentença que a condenou à indenização por danos materiais, não questionando o tópico relativo aos danos morais. O tribunal, ao apreciar o recurso, não poderá reformar a parte concernente aos danos morais, mesmo que entenda ou verifique ser indevida a condenação nesse particular. Somente poderá reexaminar a sentença no que tange aos danos materiais (extensão do efeito devolutivo, fixada pelo recorrente - CPC, art. 5 1 5, caput). Para analisar a condenação pertinente aos danos materiais, poderá o tribunal, contudo, apreciar todo o material contido nos autos, examinando argumentos, provas e demais elementos ali contidos, ainda que não abordados ou mencionadas na sentença apelada (profundidade do efeito devolutivo - CPC, art. 5 15, §§ l º e 2º).

23. FERREIRA, William Santos. Tu1ela anlecipada no â111bi10 recursai. São Paulo: RT, 2000, p. 201.

É preciso, porém, atentar para um aspecto. Se o fundamento tiver sido examinado pelo juízo a quo, deverá o recorrente impugnar a solução judicial no seu recurso, sob pena de preclusão. O § 2° do art. 5 1 5 cuida de questões não decididas. As questões decididas devem ser impugnadas. Assim, se o pedido tiver uma pluralidade de causas de pedir, e o juiz o julgou improcedente com base em todas elas (examinou todas, pois), deve o recorrente impugnar a solução de cada Ltma delas, sob pena de somente as questões impugnadas subirem ao tribunal. Essa 1 ição se aplica a qualquer recurso.

Um bom exemplo é o enunciado n. 126 da súmula do STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário". Se o acórdão tem mais de um fundamento, e não se interpõe o recurso cabível para impugná-lo, há preclusão desta questão. Exatamente por isso, se a parte interpuser recurso especiaJ para discutir o fundamento legal e não interpuser recurso extraordinário para questionar o fundamento constitucional (ou vice-versa), o recurso especiaJ (ou o extraordinário) não será conhecido, porquanto inútil: mesmo se o recorrente lograsse êxito, derrubando o fundamento legal, a questão constitucional continuaria "sustentando" a decisão recorrida, já que, como questão decidida não impugnada, teria havido em relação a ela a preclusão.

Assim, enquanto a extensão é fixada pelo recorrente, a profundidade decorre de previsão legal.

Impõe-se, ainda, aduzir que o eleito devolutivo da apelação é de argumentação livre, de sorte que ao apelante é líclto valer-se de qualquer argumento para atacar a sentença recorrida, não estando vinculado a determinado tipo de matéria, nem devendo submeter-se a alguma espécie de prequestionamento.

4.2. Análise do mérito pelo tribunal, após afastar o motivo da extinção do processo (§ 3° do art. 515 do CPC)

Ao extinguir o processo sem julgamento do mérito, o juiz o fará por meio de sentença, na forma prevista no art. 267 do Código de Processo Civil, segundo o art. 1 62, § 1 ° do CPC.

Cumpre ressaltar que, antes da modificação empreendida pela Lei nº 1 0.352, de 26 de dezembro de 200 1 , uma vez extinto o processo sem julgamento do mérito, a apelação a ser interposta contra a sentença deveria ater-se a demonstrar a impropriedade de tal extinção, não devendo adentrar o mérito da demanda que não chegou sequer a ser examinado no ato judicial combatido.

Já se viu que ao recorrente compete fixar a extensão do efeito devolutivo. Conquanto caiba ao recorrente fixar o conteúdo de devolutividade do seu apelo, não poderia, antes de tal modificação, impugnar senão a matéria efetivamente decidida na sentença. Isso porque: "a apelação não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão a quo.

Assim, se se trata de sentença terminativa - isto é, de decisão que pôs fim ao procedimento de primeiro 120

grau sem julgar o mérito -, não é lícito ao órgão ad quem passar incontinenti ao exame deste, na h ipótese de ser provida a apelação".24 Nesse caso, "se o órgão ad quem der provimento ao recurso, os autos deverão retornar ao j uízo a quo, para que profira nova decisão, não podendo o tribunal julgar o mérito da causa, por suprimir uma instância".25

Significa que o apelante, ao deduzir suas razões recursais, não deveria, antes da modificação sob comento, requerer ao tribunal que apreciasse o mérito da demanda, caso o juiz de primeira instância tivesse proferido sentença terminativa.

E, mesmo que o apelante inserisse no âmbito do efeito devolutivo do seu recurso a análise do mérito, não caberia ao tribunal apreciar as razões de mérito articuladas na apelação. lsso porque, tendo o juízo singular apenas proferido decisão terminativa do feito, deixando de proceder a análise do mérito da contenda, não deveria o juízo ad quem adentrar a matéria de mérito, sob pena de suprimir um grau de jurisdição.

Cumpre considerar, entretanto, a situação decorrente da pronúncia judicial acerca da prescrição e decadência. Quando o juiz reconhece uma delas, profere sentença que exingue o processo com resolução do mérito, de sorte que haverá pronunciamento sobre o mérito, embora o pedido formulado na petição inicial não tenha sido acolhido nem rejeitado expressa e formalmente.

Em tal hipótese, tanto o entendimento doutrinário como o jurisprudencial já apontavam, antes mesmo do advento da Lei nº 1 0.352/2001 , para a possibilidade de o tribunal, ao desconsiderar, no exame do recurso, a prescrição ou decadência, prosseguir no julgamento para acolher ou rejeitar o pedido do autor. É que, nesse caso, a sentença apreciou o mérito, exatamente porque o reconhecimento da prescrição ou da decadência importa extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, IV, CPC). Não haveria, então, supressão de uma instância jurisdicional nem violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Esse entendimento relativo à prescrição e à decadência restou transportado, com a inclusão do § 3º ao art. 5 1 5 do CPC pela Lei nº l 0.352/2001 , para os casos de sentença terminativa. Assim, extinto o processo sem exame do mérito pela sentença proferida pelo juiz de primeira instância, poderá o tribunal, ao dar provimento à apelação, adentrar o exame do mérito, desde que já estejam nos autos todos os elementos de prova suficientes ao exame do pedido formulado pelo autor em sua petição inicial ou se a causa versar matéria exclusivamente de direito.

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 6 ed. cit., p. 384.

25. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da açcio: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 999, p. 136.

1 21



Há, entretanto, de levar-se em conta um detalhe.

O julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não é consequência do efeito

devolutivo do recurso, até porque ele ocon-e após o julgamento do recurso - é um outro efeito da apelação, já denominado efeito desobstrutivo do recurso.26 Mas parece inegável que a possibilidade deste julgamento é efeito do recurso; mais precisamente é um efeito do julgamento do recurso. É preciso saber, então, se a aplicação do § 3° do art. 5 1 5 do CPC pressupõe requerimento do recoJTente, em homenagem ao princípio djspositivo, ou, ao conh·ário, é efeito anexo do julgamento recursai e, nessa qualidade, dispensa provocação do interessado.

Mesmo que esse j ulgamento não decorra diretamente do efeito devolutivo do recurso, é ce110 que o § 3° do art. 5 1 5 amplia o thema decidendum na instância recursai. Razões de ordem sistemática aconselham que se exija a formulação de requerimento do recorrente para a aplicação do dispositivo, tendo em vista que a delimitação "daquilo-que-tem-de-ser-decidido" pelo órgão jurisdicional é, no ordenamento brasileiro, matéria adstrita ao princípio dispositivo e, pois, à provocação da parte interessada.

Em sentido diverso, com bela argumentação, posiciona-se Gervásio Lopes Jr., em transcrição que merece ser 1 iterai (recomenda-se a leitura deste trabalho): "Na verdade, quando o tribunal aprecia o objeto ele Lmia causa, sem que o a quo o tivesse feito, de forma total ou parcial, não está propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos. Nestes casos, o recurso funciona, apenas, como instrumento de eliminação de empecilho criado pelo 1° grau ao julgamento, no momento adequado, do fundo do litígio. Talvez a compreensão do que propomos não seja fácil, até porque a ideia que sempre tivemos é que toda e qualquer atividade desempenhada pela 2ª instância, nos feitos que não conhece originariamente, dá-se no exercício de competência recursai. Tal ideia deve ser superada, inclusive para que o instituto possa ser bem compreendido e aproveitado. Deveras, se esquecemos qualquer suposta relação do julgamento per saltum com o efeito devolutivo do recurso, conseguimos entender tal atividade como simples decorrência do princípio do impulso oficial, que, para ser exercitado, independe da vontade e do requerimento das partes. Além disso, colocamos os princípios dispositivo e da vedação da refonna para pior nos seus devidos lugares, permitindo ao tribunal julgar por salto de instância de forma contrária, inclusive, aos interesses da parte recorrente.

Assim é que o requerimento da parte não é exigido para o salto j ulgamental, que tem como pressupostos, apenas, a interposição e o conhecimento de um recurso;

o seu provimento ou a anulação da sentença e a maturidade da causa".27

Assim, para que reste aplicada a regra do § 3° do art. 5 1 5 do CPC, é preciso que o recon-ente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal 26. Confonne a precisa lição de LOPES Jr.. Gervásio. J11lgame1110 direto do mérito na inslância recursai.

Salvador: Editora Jus PODlVM, 2007, p. 36.

27. LOPES Jr., Gervásio. Julgamento direto do mérito pelo tribunal, cit., p. 164-165.

1 22

APELAÇÃO

dê provimento ao seu recurso e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do §

3° do art. 5 1 5 do CPC, adentrar o exame do mé1ito, sob pena de estar julgando extra ou ultra petita.

Na hipótese de o apelante requerer que o tribunal, provendo seu recurso, já aprecie o mérito, aí sim cabe ao tribunal, obrigatoriamente, proceder a análise do mérito. Nesse caso, o tribunal apenas deixará de apreciar o mérito, se a questão não for exclusivamente de direito. Vale dizer que, havendo requerimento expresso do apelante, e preenchidos os demais pressupostos legais, é obrigatório ao tribunal, aplicando o § 3° do art. 5 1 5 do CPC, já conhecer do mérito da demanda, ao prover a apelação interposta contra a sentença terminativa, a não ser que a matéria ainda reclame alguma providência ou prova a ser produzida no juízo singular.28

O § 3° do art. 5 1 5 do CPC pode ser aplicado quando o fundamento da apelação for o errar in iudicando. Não há qualquer dúvida nesse caso.

O cabimento da aplicação do § 3º do art. 5 1 5 à apelação fundada em errar in procedendo é, porém, mais polêmico. Barbosa Moreira não a admite, sob o fundamento de que o tribunal, ao dar provimento ao recurso, terá que anular a sentença e não substituí-la.29 Até a oitava edição deste volume, era esse o posicionamento que adotávamos.

Fomos convencidos dos argumentos em sentido contrário30 e agora admitimos a possibilidade de o tribunal julgar diretamente o mérito da causa, mesmo no caso

28. A S3 Turma do STJ, ao julgar o RMS 2 1 .358/PI, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 22. 1 0.2007, p.

3 1 4, entendeu ser necessário o requerimento do recorrente para que se aplique o disposto no § 3° cio art. 5 1 5 cio CPC. Não havendo requerimento, o provimento do recurso deve acarretar a devolução cios autos ao juízo a quo. O entendimento atual do STJ é no sentido contrário, ou seja, entende-se ser desnecessário o pedido expresso da parte: acórdão da 4' Turma do STJ, REsp 836.932/RO, rei. Min. Fernando Gonçalves, j. 6/1 1/2008, DJe 241 1 1 /2008. No mesmo sentido: acórdão da 1" Turma do STJ, AgRg no REsp 1 . 1 92.287/SP, rei. Min. Benedito Gonçalves,j. 3/5/201 1 , DJe 1 0/5/201 1 . Ainda no mesmo sentido: acórdão da 6" Turma do STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1 . 142.225/PA, rei. Min. Sebastião Reis Júnior, j.

19/6/20 12, DJe 2916120 12.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111úrios ao Código de Processo Civil, 1 1 ecl. cit., p. 405.

30. Neste sentido, LOPES Jr., Gervásio. Julga111e11to direto do 111érito 11a instância recursai, cit., p. 1 65); ME DES. Aluísio Gonçalves de Castro. "A nova etapa da reforma do código de processo civil no âmbito dos recursos: síntese e comentários". ln: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DfNAMARCO, Pedro; IUBEIRO. José Horácio 1-lalleld Rezende. Linhas 111estras do processo civil. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. "Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo §3°

do arl. 5 1 5 do CPC". ln: NERY J ÚNIOR, Nelson; WAMBI ER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e o ruais dos recursos civeis e de outros meios de impugnaçtio às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2002, 123

de provimento de apelação em que se pretenda a invalidação de uma sentença que não tenha examinado o mérito da causa.

De fato, o § 4º do mesmo art. 5 1 5 do CPC permite a correção de defeitos processuais no processamento da apelação. Nada impede que esses defeitos sejam defeitos da sentença apelada. Uma vez corrigido o defeito da sentença, e estando o processo maduro para a decisão, realmente não mais se justifica o seu retorno à primeira instância, para que se profira decisão de mérito. Trata-se de

solução que parece mais consentânea com o principio da duração razoável do processo, que a regra comentada busca concretizar. Note que, não aplicado o § 4° do art.

5 1 5, não haverá como aplicar o § 3° do mesmo art. 5 1 5, no caso de apelação por error in procedendo.

Se não for aplicado o § 4° do art. 5 1 5 e o tribunal entender que, diante do error in procedendo, deve anular a sentença, a solução consistirá, necessariamente, na determinação de remessa dos autos para que haja nova atividade jurisdicional pelo órgão a quo. Enfim, anulada a sentença, impõe-se o retorno ao juízo de primeira instância, não se permitindo o julgamento, desde logo, do mérito da causa pelo tribunal31.

p. 259; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. J'vla1111al de direito processual civil. São Paulo: Método, 2010, p. 487-488; JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146; KARAM, Munir. "Novo aspecto da apelação cível (o julgamento por salto de instância do §3° do an.

5 1 5)". ln: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Am1da Alvim. Aspectos polémicos e atua is dos recursos cíveis e assumos afins. São Paulo: RT, 2006, p. 379; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "An. 5 1 5, §3°, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento". ln: MEDINA, José Miguel Garcia (coord.); CRUZ, Luana Pedrosa de Figm:iredo (coord.); DE CERQUEIRA, Lufs Otávio Sequeira (coord.); GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). Os poderes do juiz e o co111role das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Am1da Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.

38-39; PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de 111na teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.

Rio de Janeiro: 2005, p. 153; MORAES, Paula Souza. Julgamento direto do mérilo na instáncia recursai

{ort. 515, §3° do CPC). Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Federal da Bahia Salvador, 201 O.

3 1 . 1 "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

SENTENÇA DECLARADA NULA EM DECORRÊNCIA DE ERROR IN PROCEDENDO. RETORNO

DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU DE JURlSDIÇÃO. JULGAMENTO, DESDE LOGO, PELO TRI

BUNAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 . O errar in procedendo ocorre quando há vício na atividade judicante e desrespeito ãs regras processuais, devendo o julgado ser anulado a fim de que outro seja proferido na ins tância de origem.

2. É nula a sentença que não fundamenta o indeferimento de pedidos da inicial e deixa de manifestar-se acerca de perícia incontroversa presente nos autos.

3. Para que o tribunal possa julgar desde logo o mérito da causa na apelação, é necessário que a sentença não apresente vício que lhe comprometa a validade. Havendo o vicio, o órgão superior deverá anular a sentença e resiituir os autos à instância inferior para que ali outra seja proferida.

4. Recurso especial desprovido." (STJ, 4• T., REsp 1.236.732/PR, rei. Mia. JOÃO OTÁVIO DE NORO

NHA, j. 1 6/6/201 1 , DJe 24/6/20 1 1).

Também é possível aplicar o dispositivo nos casos de sentença citra petita.

O tribunal, aplicando por extensão o § 3º do art. 5 1 5 do CPC, examina o pedido não examinado pelo juízo a quo. Há decisões que permitem, por exemplo, que a denunciação da lide não examinada em primeira instância possa sê-lo no j ulgamento da apelação32. Trata-se de uma interpretação extensiva do § 3° do art. 5 1 5

do CPC, pois esse dispositivo exige, para a sua aplicação, que o juízo a quo tenha proferido um juízo de inadmissibilidade do processo, entendendo não ser o caso de examinar o pedido, situaçã.o bem diferente daquela em que o juízo simplesmente não examina o pedido33.

Em síntese. Esse dispositivo legal admite que o tribunal, reformando sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito, possa avançar na análise do próprio mérito da demanda, desde que não haja mais necessidade de dilação probatória. Para tanto, devem ser preenchidos os seguintes pressupostos: a) a apelação seja provida, ou seja, o tribunal não vislumbre causa de inadmissibilidade da demanda - a reconhecida pelo juízo a quo ou outra qualquer; b) é preciso que haja pedido do recorrente34; c) constate-se que a causa versa sobre questão exclusivamente de direito, ou questão de fato/direito que não demande mais provas - apurando-se, enfim, que a causa está madura, em condições de imediato julgamento.35

Corno será visto no capítulo sobre o recurso ordinário constitucional, há decisões admitindo a aplicação do § 3° do art. 5 1 5 do CPC a esse recurso, por analogia, tendo em vista a sua semelhança com o recurso de apelação. H.á quem defenda, ainda, com razão, a aplicação do dispositivo ao recurso inominado nos Juizados Especiais. Gervásio Lopes Jr. vai além: entende que a aplicaçã.o do instituto é possível em todos os recursos, salvo os embargos de declaração e o recurso contra decisão que não admite outro recurso (como o agravo do art. 544

do CPC, por exemplo).36

32. STJ, 4• T., REsp n. 94.227-RS, rei. Min. Ruy Rosado, j. 20.08. 1 996, publicado no DJ de 07.10.1996, p.

37.646.

33. Fazendo a ressalva de que uma decisão que não examinou o pedido não pode ser considerada nula, convém examinar acórdão da 5' T. do STJ, no REsp n. 756.844/SC, rei. Min.José Arnaldo da Fonseca, j. em 1 5.09.2005, publicado no DJ de 1 7 . 10.2005, p. 348: "A sentença proferida cifra pelila padece de errar in procedendo. Se não suprida a falha mediante embargos de declaração, o caso é de anulação pelo tribunal, com devolução ao órgão a quo, para novo pronunciamento. De modo nenhum se pode entender que o a1t. 5 1 5, §3°, autorize o órgão ad quem, no julgamento da apelação, a 'completar' a sentença de

primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capitulo(s). ln casu, não há que se falar em interpretação extensiva ao artigo 5 1 5 , § 3°, do CPC, quando nem sequer houve, na sentença, extinção do processo sem julgamento do mérito, requisito este essencial à aplicação do artigo 5 1 5, § 3º, da Lei Processual Civil".

34. JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2' ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146-148.

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. l lº ecl. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. 5, p. 450-45 1 .

36. "Cumpre observarmos, ainda, que, conquanto o art. 5 1 5, § 3°, do Código de Processo Civil tenha sido posto no capítulo do CPC que trata da apelação, sua aplicação pode ser ensejada por quase todos os remédios 1 25

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

4.3. Apelação na hipótese do art. 285-A do CPC

Da sentença que, aplicando o art. 285-A do CPC, julga improcedente o pedido do autor, cabe recurso de apelação. O recurso, conforme visto, constitui a renovação da demanda, prolongando o estado de l itispendência.

Proferida a sentença com base no art. 285-A do CPC e interposta a apelação, poderá o juiz retratar-se, modificando sua sentença, se verificar que o caso não se identifica com os anteriores já julgados desfavoravelmente ao autor, ou na hipótese de haver um detalhe de fato que diferencie a situação relativamente às anteriores. Enfim, poderá o juiz retratar-se diante da apelação, surgindo daí mais uma exceção à regra da inalterabilidade da sentença, previsto no art. 463 do CPC.

Mantida que seja a sentença pelo próprio juiz e admitida a apelação, o réu será citado para responder ao recurso.

A citação, na verdade, é o ato de comtmicação processual que avisa ao réu da ex._istência da demanda e o convoca para participar do processo. Ele, com a citação, torna-se parte (até então ele era terceiro).

Nesse novo dispositivo, a demanda é transferida para o tribunal, com a participação do réu. O objetivo da participação do réu é permitir que o h·ibunal possa, eventualmente, modificar a sentença e julgar contrariamente ao réu. Se o réu não fosse citado para acompanhar o recurso, não poderia o tribunal eventualmente julgar desfavoravelmente a ele, sob pena de ofender o princípio do contraditório e da ampla defesa. Observe-se que o art. 285-A somente terá aplicação quando a matéria for exclusivamente de direito, seguindo a mesma lógica do § 3º do art.

5 1 5 do CPC e evitando prejuízo quanto à interposição de recursos extraordinário e especial, pois nestes recursos não se admite reexame de fatos ou provas.

A propósito, há quem, seguindo esse entendimento ora manifestado, entenda ser possível ao tribunal, ao prover a apelação, já condenar o réu.37 Mas há, por recursais, na medida cm que a considerada regra - assim como o caput e demais parágrafos do mesmo artigo - é atinente à teoria geral dos recursos. Apenas os embargos declaratórios e o agravo tendente a combater a inadmissão de outros recursos não têm o condão de causarem o julgamento per salt11111. O primeiro. porque o órgão apreciador da irresignaçào é o mesmo que prolatou a decisão guerreada. O segundo, pois se limita a dar ensejo ao processamento do recurso inadmitido". (LOPES Jr., Gervásio. J11lgame1110

direto do mérito 110 i11stâ11cia recursai, cil., p. 1 64-166).

37. "16. J11lga111e11to da apelação. O autor ao apelar deverá efetuar o preparo, bem como preencher os demais requisitos de admissibilidade. Este preparo se exaure com o julgamento desta apelação. O tribunal pode, ao prover o recurso, rejulgar o mérito porque a matéria é exclusivamente de direito e, portanto, não necessita de dilação probatória. Esse procedimento é compatível com o efeito devolutivo da apelação, estan1ido no CPC 5 1 5, notadamente no § 3°. No rejulgamento do mérito, o tribunal pode inverter o resultado da demanda, de improcedência para procedência, e dar ganho de causa ao autor. Dai a necessidade de o réu ser citado para acompanhar o recurso e, nas comrarrazõcs, aduzir toda a matéria de defesa como se contestasse. Caso o tribunal dê provimento ao recurso. mas determine o prosseguimento do processo no 126

outro lado, quem entenda que o provimento da apelação somente terá o condão de fazer com que os autos retornem à primeira instância para que se prossiga regularmente o procedimento, culminando-se com nova sentença38.

Na verdade, o tribunal já pode, reformando a sentença, julgar procedente o pedido contido na petição inicial, se o autor, que figura como apelante, tiver assim requerido em sua apelação.

Ao recorrente compete fixar a extensão do efeito devolutivo. Realmente, a devolutividade da apelação e, de resto, a de qualquer recurso é definida pela parte recorrente. Assim, cabe ao apelante fixar a extensão do efeito devolutivo de sua apelação, diferentemente da profundidade que é estabelecida em lei. Em relação à apelação, a profundidade de seu efeito devolutivo é ampla, em virtude da regra contida nos §§ 1 ° e 2º do art. 5 1 5 do CPC. Já a extensão é, repita-se, fixada pelo recorrente, nas razões de seu apelo. Então, o tribunal, concordando não ser caso de improcedência, somente poderá, após dar provimento ao apelo,jájulgar procedente o pedido da petição inicial, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais.

Em outras palavras, para que o tribunal julgue desfavoravelmente ao réu, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo para reformar a sentença que aplicou o art.

285-A do CPC e, desde logo, já julgue procedente o pedido contido na petição inicial. Caso o apelante se restrinja a demonstrar a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, porque, por exemplo, o caso anteriormente julgado não era idêntico ou porque a matéria não é exclusivamente de direito, estará, na verdade, demonstrando um error in procedendo. Nesse caso, o tribunal, ao dar provimento ao recurso, deverá determinar que os autos sejam devolvidos ao juízo de primeira instância para prosseguimenlo do feito.39

primeiro grau de jurisdição, o réu será intimado (a citação já ocorreu) para oferecer contestação." (NERY

NNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Exrravaganre. 9" edição. São Paulo: RT, 2006, n. 1 6 ao art. 285-A, p. 483).

38. "Não se deve esquecer que ao apelante há o ônus de 1 imitar o objero cognilivo do recurso. nos termos dos arts. 5 1 4 e 5 1 5 do CPC. Ora, no processo repetido objeto da resolução s11pera111ecipada do mérilo, o móvel do recurso é um só: demonstrar a inexistência de identidade com o precedente. Este é o objelo cognitfro do recurso, sendo vedado ao tribunal ultrapassar este limite, sob pena de violação aos dispositivos apontados, além dos arts. 128 e 460 cio CPC (também aplicáveis cm nível recursai)." (ARAÚJO, José Henrique Mouta.

"Processos Repetidos e os Poderes do Magistrado diante da Lei 1 1 .277/06.

Observações e Críticas". Revista Dialérica de Direito Processual São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 79) No mesmo senlido: CAMBI, Eduardo. "Julgamento Prima Facie (Imediato) pela Técnica do art. 285-A cio CPC". Revis/a dos Tribunais São Paulo: RT, 2006, n. 854, p. 68; SÁ, Djanira Maria Radamés de; PLMENTA, Haroldo. "Reflexões Iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 133, p. 142.

39. Nesse se111ido: "Pelo efeito devolutivo (ait. 5 1 5, CPC), o tribunal somente poderá conhecer da matéria expressamente impugnada na apelação. Assim, se o autor se limitar a alegar a inaplicabilidade do art. 285-A J 2 7

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JUNIOR entende que, nesses casos de anulação da sentença, os autos devem retornar ao juízo a quo, mas deve o processo ser conduzido por outro juiz, a quem competirá proferir nova sentença. Isso porque, na sua opinião, o juiz originário, cuja sentença fora anulada, deixou de ostentar imparcialidade, equiparando-se tal situação à hipótese prevista no § 4° do art. 157 do Código de Processo Penal ("o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão"). Afinna, ademais, que o caso não se encaixa em nenhuma hipótese prevista nos ans. 134 e 135

do CPC, mas que faltaria ao juiz imparcialidade, sendo necessário seu afastamento do caso.40 Não parece que as hipóteses se assemelhem. O juiz, no caso da obtenção de prova ilícita no processo penal. formou seu convencimento quanto aos fatos, não sendo fácil desfazer-se daquela convicção, o que lhe retira a imparcialidade para julgar sem a prova anteriormente produzida. No caso do art. 285-A do CPC, trata-se de dispositivo aplicável a causas repetitivas, cuja discussão é de direito.

Se a sentença do juiz foi anulada é porque se entendeu que o caso continha uma peculiaridade que afastava a aplicação das sentenças anteriormente proferidas, ou porque é necessária a produção de alguma prova, ou porque há um novo argumento a ser apreciado. Aliás, exige-se uma dogmática diferente para os casos repetitivos, não sendo adequado aplicar a tais hipóteses o mesmo raciocínio das tradicionais demandas individuais, em que "cada caso é um caso". Não concordamos, enfim, com a falta de imparcialidade do juiz nesse caso de anulação da sentença proferida com base no art. 285-A do CPC, nem com a necessidade de o caso ser remetido a um outro juiz. Tal raciocinio, aplicável aos casos individuais, não guarda pertinência com a dinâmica das causas repetitivas. Não bastasse isso, se é certo que todos têm direito a um juiz imparcial, é necessário que o legislador defina os casos de falta de imparcialidade, relacionando as hipóteses de impedimento e de suspeição. No caso do art. 285-A do CPC, não há qualquer previsão que possa incidir. O juiz seria, a prevalecer a ideia da falta de imparcialidade, impedido ou suspeito? Qual regime do CPC, o tribunal apenas poderá apreciar essa questão. Dando provimento ao apelo, cassará a sentença e remeterá os autos à primeira instância para prosseguimento da ação. Não parece possível aplicar o art. 515,

§ 3°, CPC, pois como o autor limitou a impugnação, dificilmente o réu ter-se-á manifestado sobre o mérito da sentença paradigma. Se o autor defender que a tese jurídica da sentença paradigma está errada, então o tribunal poderá se debruçar sobre a questão de direito. Provendo a apelação, reformará a sentença, julgando procedente o pedido em desfavor do réu. !\ão há ofensa ao contraditório e à ampla defesa porque o réu foi citado e apresentou resposta. lnobstante, caso a Corte entenda que o contraditório foi insuficiente ou que a causa não está pronta para julgamento, poderá detenninar as diligências necessárias, usando, por analogia, o novo art. 515, § 4º, CPC (Lei 1 1.27612006)." (ATAI DE JUNIOR, Vicente de Paula. "ºA Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 1 1 .277/2006)". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 141, p.

125). No mesmo sentido: BARIONl, Rodrigo. Efeito Devolutivo da Apelação Civil. São Paulo: RT, 2007, p.

197-198; CAMPOS, Gledson Marques de. "A Sentença Liminar de Improcedência, os Requisitos para que seja Proferida e os Limites da Apelação Interposta contra ela". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2007, n. 46, p. 53-54; FÉRES, Marcelo Andrade. "Julgamento Sumaríssimo dos Processos Repetitivos: uma Análise Juridico-econômica do art. 285-A do Código de Processo Civil". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006, n. 42, p. 122. Igualmente: KOEH LER, Frederico Augusto Leopoldino. "Breve Análise sobre Alguns Aspectos Polêmicos da Sentença Liminar de Improcedência (artigo 285-A do CPC)". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006, n. 41, p. 72-75.

40. "A falta de imparcialidade do magistrado para prosseguir no feito quando um recurso anula sua decisão que aplicava o an. 285-A do CPC". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 201 1 , p. 259-268.

1 28

jurídico seria aplicável? O do impedimento ou o da suspeição? Não se pode alargar os casos de falta de imparcialidade, sem enquadrar a hipótese em alguma das situações de impedimento ou de suspeição, sob pena de prejuízo à própria segurança jurídica. As hipóteses de impedimento ou de suspeição devem ser interpretadas restritivamente. O disposto no § 4° do art. 157 do CPP é específico, não devendo ter sua interpretação estendida para caso a ele não assemelhado. Se, por um lado, a parte tem direito a um juiz imparcial, tem, por outro lado, direito à garantia do juiz natural em seu aspecto subjetivo, devendo julgar sua causa

aquele juiz que titulariza as funções naquele órgão jurisdicional e contra quem não pesa qualquer óbice legal.

Eis a razão pela qual o réu é citado para responder ao recurso: poderá o tribunal, se assim requerer o apelante, ao dar provimento à apelação, j á j ulgar a causa, acolhendo o pedido formulado na petição inicial.

Se o réu não fosse citado, mas o tribunal entendesse que a sentença estaria errada e deveria haver a procedência, caberia determinar o retorno dos autos à primeira instância para que, citado o réu e desenvolvidos os atos processuais, houvesse sentença, daí se seguindo apelação etc. O objetivo parece ter sido exatamente suprimir tudo isso, com ganho de tempo: o tribunal, discordando do juiz, já pode condenar o réu, sem que haja ofensa à ampla defesa e ao conh·aditório, pois a matéria é só de direito e o réu já teve oportunidade de se defender, apresentando suas contrarrazões, que, aliás, consistirão em mera reprodução da contestação apresentada em casos anteriores (não custa lembrar que o art. 285-A do CPC aplica-se para demandas de massa; o réu/apelado já tem sua defesa pronta).

Na hipótese de o réu não ser citado para responder ao recurso, poderá o tribunal já julgar o mérito da demanda? Se o tribunal resolver manter a sentença, a falta de citação não gera qualquer nulidade ou prejuízo. Para que o tribunal possa refonnar a sentença e condenar o réu, por exemplo, deverá, contudo, ter havido a citação deste para responder ao recurso. Nesse caso, a ausência de citação pode ser suprida no próprio tribunal, devendo ser determinada, ali mesmo, a citação do réu. Cumprida a diligência e dada oportunidade ao réu para defender-se, a apelação já poder ser j ulgada, aplicando-se o § 4 ° do art. 5 1 5 do CPC, inh·oduzido pela Lei n. 1 1 .276/2006.

É relevante observar que o art. 285-A do CPC é hipótese especial de indeferimento da petição inicial, distinta da regra geral prevista no art. 295 do CPC. Põe-se em relevo essa constatação, na medida em que o indeferimento da petição inicial, nas hipóteses do art. 295 do CPC, contém regime próprio, cabendo da correspondente sentença a apelação disciplinada no ait. 296 do CPC: não tem contrarrazões, o juiz pode retratar-se e, no âmbito do tribunal, não há revisor (CPC, art. 5 5 1 , § 3°).

No caso do art. 285-A do CPC, interposta a apelação, o juiz pode retratar

-se. Não exercida a retratação, o réu será citado para responder ao recurso. Há, 1

então, diferença entre as h ipóteses de indeferimento da petição inicial e do julgamento de mérito prima facie do art. 285-A do CPC. Além do mais, indeferida a petição inicial por urna das h ipóteses do art. 295 do CPC, a apelação prevista no art. 296 não terá revisor no tribunal. No caso da apelação do art. 285-A do CPC, parece que, além do relator, haverá igualmente revisor. O § 3º do art. 55 1

do CPC deve i nterpretar-se restritivamente, aplicando-se apenas para os casos de indeferimento da petição inicial cio art. 295 e da apelação disciplinada no art.

296, ambos do CPC.

Interposta a apelação e citado o réu para apresentar resposta, os autos seguirão ao tribunal. Distribuída a apelação ao relator, este poderá negar-lhe seguimento, quando já houver súmula de tribunal superior (CPC, art. 557), podendo, igualmente e pelas mesmas razões, negar seguimento ao reexame necessário (súmula do STJ, n. 253).

Quando já há enunciado de súmula de tribunal superior, já é praticamente certo que o relator irá negar seguimento ao reexame necessário. Nesse caso, há apenas um exercício de inutilidade: o juiz determina o reexame necessário.

Conclusos os autos ao relator, este irá negar seguimento ao reexame. Para evitar esse gasto inútil de tempo, o § 3° do art. 475 do CPC prevê que o juiz já pode dispensar o reexame necessátio, quando a sentença estiver fundada em súmula do tribunal superior.

Situação interessante ocorreu na Justiça Federal de Pernambuco. O juiz aplicou o § 1 º do art. 5 1 8 do CPC, negando seguimento à apelação, por já haver súmula sobre o caso. Dessa decisão a parte interpôs agravo de instrumento perante o TRF

da 5' Região - AGTR 72.974/PE (2007.05.00.000 143-8). O relator, nesse agravo, concedeu efeito suspensivo •�ativo", determinando a subida imediata da apelação.

A apelação, regularmente processada, foi provida, ao argumento de que não se aplicava, ao caso, o enunciado da súmula - AC 407.71 6/PE (2007.05.005933-7).

Posteriormente ao julgamento da apelação, foi julgado o agravo de instrumento, ao qual se negou provimento para entender que o juiz estava certo, não podendo seguir a apelação, mercê da súmula do tribunal superior. De observar que, no caso, a apelação foi julgada antes do agravo. Nessa hipótese, o agravo fica prejudicado.

O TRF da 5" Região não deveria ter admitido o agravo de instrumento, por perda superveniente do objeto, pois o juízo de admissibilidade definitivo exauriu-se no

j ulgamento da apelação. Se, diversamente, o agravo fosse julgado antes, a apela

ção não poderia mais ser julgada, por inadmissibilidade previamente reconhecida no agravo. Ao julgar a apelação, o tribunal antecipou e examinou a questão da admissibilidade. O juízo definitivo ele admissibilidade foi exercido na apelação, absorvendo a questão tratada no agravo. A situação assemelha-se ao caso em que o agravo ataca liminar e a apelação, sua confirmação; a apelação absorve o agravo, prejudicando-o. Na verdade, o agravo, no caso ora referido, deveria ter sido julgado antes da apelação, m as, como não foi, o seu exame ficou prejudicado pelo julgamento da apelação. Significa que o tribunal, no agravo, apreciou e decidiu 130

questão já atingida pela preclusão judicial (CPC, art. 471) . Ao julgar a apelação, dando-lhe provimento, o tribunal reconheceu sua admissibilidade. O detalhe, aqui, é que o § 1 º do arl. 5 1 8 do CPC determina que não se admita o recurso por razões de mérito (coincidência do fundamento da sentença com o enunciado de súmula do STF ou do STJ). Ao julgar a apelação para dar-lhe provimento porque o caso não se encaixa no enunciado ela súmula, o tribunal está, a um só tempo, julgando o mérito e reconhecendo a admissibilidade da apelação. Em outras palavras, o tribunal está a dizer que não se aplica o

enunciado da súmula, não incidindo, consequentemente, o § 1° do art. 5 1 8 do CPC.

Rigorosamente, a questão não é de admissibilidade. O § 1 º cio art. 5 1 8 do CPC estende para o juiz de primeira instância o poder dado ao relator pelo art. 557 do CPC.

Ora, mantendo unidade e coerência sistemática, se o juiz pode dispensar o reexame necessário no caso de sua sentença fündar-se em súmula de tribunal superior, cabe-lhe também nã.o admitir o recLLrso de apelação, caso já haja súmula de tribunal superior a respeito do tema. Nesse sentido, a Lei nº 1 1 .276/2006, acrescentou um § 1 ° ao art. 5 1 8 do CPC, examinado neste Curso.

Podem, assim, ser conjugadas as regras do art. 285-A e do aii. 5 1 8, § 1 º, ambas do CPC: já havendo enunciado de súmula de tribunal superior estabelecendo que não deve ser acolhida aquela pretensão formulada em massa, o juiz, que vem seguindo tal entendimento, poderá já julgar, primafacie, a demanda, proferindo, desde logo, sentença de improcedência. Interposta apelação, o juiz não irá recebê

-la, por estar a sentença em conformidade com súmula do tribunal superior. Dessa decisão que, aplicando o parágrafo 1° do art. 5 1 8 do CPC, não receber a apelação caberá agravo de instrumento, nos termos do caput do art. 522 do CPC.

4.4. Efeito suspensivo

Além do efeito devolutivo, a apelação contém, via de regra, o efeito suspensivo.

Nos termos do caput do art. 520 do CPC, a apelação deve ser recebida tanto no efeito devolutivo como no suspensivo.41

Nos incisos do próprio art. 520 do CPC (e em dispositivos de leis extravagantes), a regra geral vem excepcionada, de forma que, em tais casos, a apelação é desprovida de efeito suspensivo, contendo, apenas, o efeito devolutivo.

4 1 . A apelação, como será explicitado no item relativo ao seu procedimento no tribunal, poderá ter seu seguimento negado pelo relator em aplicação ao disposto no arl. 557 do CPC. Se a apelação tiver sido recebida no duplo efeito e o relator, aplicando o an. 557 do CPC, negar-lhe seguimemo, caberá agravo interno.

Nessa hipótese, o agravo interno terá também duplo efeito, exatamente porque a

apelação não foi, ainda, julgada em definitivo, faltando o acórdão do colegiado.

1 3 1

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNllA

"É possível que a apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo, em relação a um capítulo, e em ambos os efeitos, em relação a outro"42. Estas também são as palavras de Maricí Giannico e Maurício Giannico43:

"Embora a decisão seja incindível para fins de identificação do recurso cabível, o recurso efetivamente interposto deve ser recebido em diferentes efeitos quanto aos capítulos que compõem a decisão recorrida: a cisão do julgamento em capítulos somente pode ser considerada para atribuir-se os efeitos suspensivos e devolutivos ao recurso interposto contra os diferentes capítulos da decisão judicial".

É importante notar, portanto, que as hipóteses em que a apelação não tem efeito suspensivo ex vi legis podem referir-se a apenas um capítulo do decisório da sentença.

Os casos, previstos no próprio art. 520 do CPC, em que a apelação não contém efeito suspensivo, são aqueles relacionados à sentença que:

a) Homologar a divisão ou a demarcação de terras (inciso 1): trata-se de uma hipótese em que sentenças constitutivas podem produzir efeitos imediatos, ainda que na pendência de recurso.

b) Condenar à prestação de alimentos (inciso II): não é o caso da sentença que majora ou diminui o valor da pensão, porquanto sejam hipóteses de sentenças constitutivas.44

42. DINAMARCO, Cândido. Capítulos de Sentença. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 97.

43. GIANNTCO, Maricí, GIANNTCO, "v1aurício. "Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões".

Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 4 1 1 . Assim, também, CAM

BI. Eduardo. "Efetividade da decisão recorrida e o efeito suspensivo dos recursos". Aspectos Polémicos e Atuais dos Recursos Cíveis. São Paulo: RT, 2006, v. 9, p. 129 ss.

44. O Superior Tribunal de Justiça, ao mterpretar o art. 14 da Lei nº 5.478, de 1973, entende que a apelação tem efeito somente devolutivo em qualquer caso de ação de alimentos, tenha a sentença determinado a majoração da pensão, sua redução ou até mesmo a exoneração da obrigação alimentar. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL- RECURSO ESPECIAL-ALIMENTOS - EXONERAÇÃO -APELAÇÃO

EFEITO DEVOLUTIVO - DECLSÀO AGRAVADA MANTIDA- LMPROVIMENT0. 1 -Ajurisprudência desta Cone é pacífica no sentido de que a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, quer tenha sido interposta contra sentença que determinou a majoração, redução ou exoneração de obrigação alimentícia. Precedentes. li - O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido." (AgRg no REsp 1 138898/PR, Rei. Ministro SIDNEI BENETl, TERCEIRA TURMA, julgado em 1 711 112009, DJe 2511 lf2009). "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE AUMENTOS - SENTENÇA

- APELAÇÃO - CABIMENTO - EFEITO DEVOLUTIVO - REDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 14, DA LEI 5478173 - ESCÓLIO JURJSPRUDENCIAL - RECURSO ESPECIAL PROVmO. l - A apelação interposta contra sentença que julgar pedido de alimentos ou pedido de exoneração do encargo deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. U - Recurso especial provido." (REsp 128017 lfSP, Rei. Ministro MASSAMl UYEDA, TERCElRA TURMA, julgado em 02/0812012, DJe l 5/08n012).

APELAÇÃO

c) Julgar o pedido de providência cautelar (inciso IV): antecedente ou incidente, formulado em processo próprio, acolhendo-o ou rejeitando-045• Perceba que se o juiz julgar, ao mesmo tempo, a demanda cautelar e a demanda principal, o que normalmente ocorre, os efeitos da apelação variarão conforme o capítulo impugnado.

d) Rejeitar liminarmente ou julgar improcedentes embargos opostos pelo devedor à execução (inciso V).

O objetivo do inciso é favorecer o exequente, permitindo o prosseguimento da execução, mesmo se i nterposta apelação contra sentença que rejeitou ou julgou improcedentes embargos à execução.

A partir da Lei Federal n. 1 1.232/2005, os embargos à execução de título judicial restringem-se às h ipóteses de execução contra a Fazenda Pública (art.

741 do CPC). Segundo a previsão do art. 520, V, a apelação interposta contra sentença que julgue improcedentes ou rejeite os embargos à execução também não teria efeito suspensivo legal. Acontece, porém, que a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado (CF/88, art. 100, § 1º e 3º), de sorte que somente pode ser determinado o pagamento, se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado. Diante disso, a apelação contra a sentença que rejeita os embargos à execução contra a Fazenda Pública, mercê das referidas exigências constitucionais, há de ser recebida no duplo efeito.

Quando os embargos opostos pela Fazenda Pública forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada, podendo, relativamente a essa parte, já haver a expedição do precatório, sem que haja ofensa ao disposto no § 4° do art. 100 da Constituição Federal.46

Quer isso dizer que o art. 520, V, do CPC não tem mais aplicação à apelação que rejeita os embargos à execução de título judicial. Na execução civil entre particulares, não há mais embargos. E, quando se tratar de execução contra a Fazenda Pública, a regra não se aplica em virtude das mencionadas normas constitucionais, sendo a apelação ali recebida, necessariamente, no duplo efeito. O recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, no caso de execução contra a Fazenda Pública, é totalmente inoperante e ineficaz, visto que, enquanto não confirmados 45. Excepciona-se esta h ipótese para as sentenças proferidas contra pessoa jurídica de direito público, que outorgue ou aumente vencimento, ou delennine reclassificaçiío funcional (Lei nº 8.437/92, a1t. 3º).

46. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 4" edição. São Paulo: Dialética, 2006, n. 1 2.1 .7, p. 2 5 1 . Conferir, ainda: acórdão unânime da Iª Seção do STJ, EREsp 551.991/RS, rei. Min. Temi Albino Zavascki,j. 22/2/2006, DJ de 20/3/2006, p. 182. De igual modo: acórdão unânime da l" Turma do STF, RE 458. I 1 0/MG, rei. Min. Marco Aurélio,j. 13/6/2006, DJ de 29/912006, p. 48.

CUI

FREDJE DIDIER 1R. E LEONARDO CARNEIRO DA

HA

ou estabelecidos, definitivamente, os valores a serem inscritos em precatórios ou requisitados por RPY, não se pode prosseguir na execução.

À evidência, o art. 520, V. do CPC restringe-se, atualmente, à hipótese de embargos à execução fundada em título extrajudicial.

Havia muita discussão sobre a natureza da execução de título extrajudicial embargada, pendente apelação contra sentença que julgou improcedentes os em

-bargos à execução, porque o inciso V do ai1. 520 do CPC retira o efeito suspensivo dessa apelação. Assim, julgados improcedentes os embargos: interposta apelação (sem efeito suspensivo), poderá o exequente prosseguir na execução? Ela será definitiva ou provisória?

Humberto Theodoro Jr. entende ser definitiva a execução.47 A.raken de Assis48

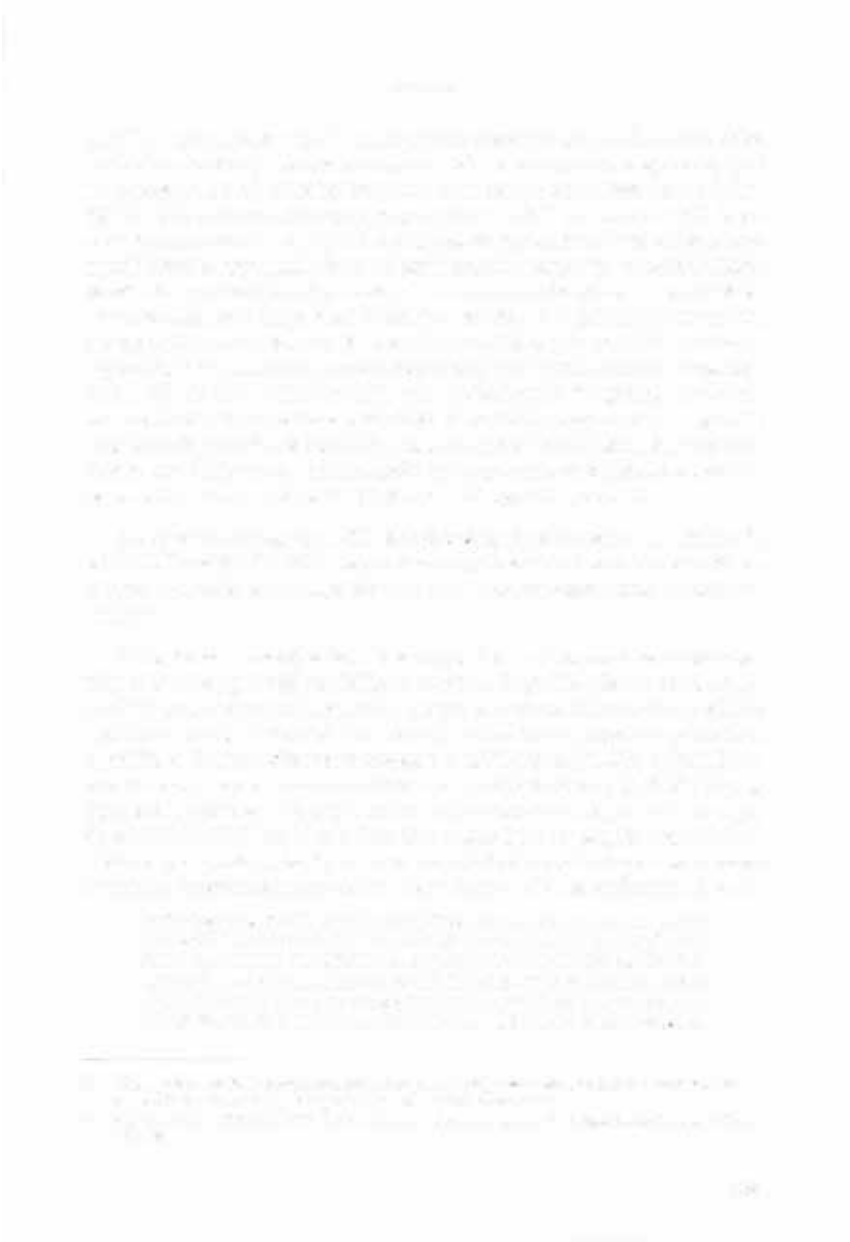
afirma que seria manifesto contra-senso transformar em provisória a execução iniciada como definitiva. Teori Zavascki acrescenta que, acaso o prosseguimento definitivo da execução implique risco de dano irreparável ou de dificil reparação, o embargante poderá obter antecipação da tutela nos embargos, de modo a impedir que siga adiante49. Isso sem falar que é possível requerer ao julgador que atribua efeito suspensivo ao recurso de apelação ou agravo (art. 558, caput e parágrafo único, CPC). Esse entendimento doutrinário e j urisprudencial foi consolidado pelo enunciado n. 3 1 7 da súmula do STJ, com seguinte redação: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos". Assim, mesmo que a decisão dos embargos seja atacada por apelação sem efeito suspensivo, a execução continuará sendo definitiva.

No entanto, a Lei Federal n. 1 1 .382/2006 alterou a redação do art. 587 do CPC, que agora determina: "É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória, enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)". Não há explicação para essa mudança, que não se justifica: a) está em dissonância com a jurisprudência sumulada do STJ e com sólida orientação doutrinária; b) transforma uma execução que se iniciou definitiva em provisória, mesmo após uma sentença que confirmou o título executivo, reforçando a presunção de existência da dívida, em inversão esdrúxula de valores: a vitória do exequente nos embargos à execução é, estranhamente, fato que gera uma capitis diminutio do seu título executivo, agora apto a legitimar apenas uma execução provisória; c) confere um despropositado 47. THEODORO JR., Humberto. Curw de Direito Processual Civil. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.

2, p. 86.

48. ASSIS, Araken de. C11111pri111e1110 da semença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145.

49. ZAVASCKI, Teori Albino. Proceno de Execução - Parte Geral. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 438.



beneficio ao executado vencido no julgamento dos embargos, em face de quem há um título executivo já reconhecido como válido e eficaz por um magistrado, após um processo de conhecimento instamado com esse objetivo. Esse trecho do art.

587 do CPC, que contradiz o que está prescrito no n. 3 1 7 da súmula do STJ, é, em verdade, inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade: há uma desigualação injustificável e despropositada no tratamento entre exequente e executado. Além de ofender o princípio da igualdade, atenta contra o princípio da razoabilidade.

Como se sabe, este dirige-se ao legislador: não deve o legislador editar normas que contenham previsões que destoem da razoabilidade. A razoabi lidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado irá agir. Nesse caso do art. 587 do CPC, o fim escolhido pelo legislador não é legítimo, conferindo tratamento injustificável à execução fundada em título extraj udicial, desaguando na adoção de providência inefetiva, que causa um estorvo desnecessário ao exequente, cujo título documenta obrigação que se presume certa, líquida e exigível, presunção essa reforçada pela rejeição dos embargos do executado.

e) Julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem: nos termos do art. 7º da Lei nº 9.307/1 996, que se refere à hipótese de furtar-se à celebração do compromisso arbih·al qualquer das partes que subscrevessem a cláusula compromissária.

f) Confirmar a antecipação da tutela: quer tenha sido o provimento antecipatório dado antes, quer seja proferido no momento da pro lação da sentença, a qual, por óbvio, o confinnaria. Caso, todavia, tenha sido concedida a tutela antecipada e, ao final, extinto o processo sem resolução do mérito ou julgado improcedente o pedido, está automaticamente revogada a medida antecipatória, aplicando-se, no particular, a mesma sistemática do enunciado 405 da Súmula do STF5°. Nessas hipóteses, a apelação tem duplo efeito, encaixando-se na regra geral do caput do art. 520 do CPC haja vista a falta de previsão legal em sentido contrário51. O

efeito suspensivo da apelação, nesses casos, não tem o condão de restaurar a tutela antecipada anteriormente concedida. Nesse sentido, eis o entendimento do STJ:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ARRESTO. TUTELA AN

TECIPATÓRIA CONCEDIDA NA JUSTIÇA FEDERAL. MANUTENÇÃO DA

M ED.IDA CAUTELARCONCEDIDA. ADVENTO DA SENTENÇA PROFERIDA

PELO JUIZ FEDERAL, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO DECLARA

TÓRIA DE NULI DADE DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E REVOGANDO,

ÀS EXPRESSAS, A TUTELA ANTECIPADA. RECURSO PREJUDICADO,

50. "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dele interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária".

5 1 . Assim, também, JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2 cd. São Paulo: Saraiva, 2003, p.

157-1 59.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

AINDA QUE A APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA A SENTENÇA TENHA

smo RECEBIDA NO DUPLO EFEITO.

-Não restabelece a tutela aatecipatória, expressamente revogada aa sentença de improcedência, o fato de a apelação a ela interposta ter sido recebida aos dois efeitos".52

Convém lembrar, ainda, que somente em relação ao capítulo em que se confinnou/concedeu a tutela antecipada aplica-se o inciso VII do art. 520 do CPC53.

Por conseguinte, "a possibilidade de execução imediata da medida confirmada ou meramente antecipada em sentença deve ficar restrita aos efeitos antecipados, suspendendo-se os efeitos da sentença em relação ao que estiver fora dos limites da antecipação".54

g) Decretar a interdição: tendo em vista o art. 1 . 1 84, 1 ª parte, CPC, e o art.

1 .773 do CC-2002.

Não tendo a apelação, nessas hipóteses, efeito suspensivo, vale dizer que há execução imediata da sentença.

Há hipóteses na legislação extravagante em que a apelação não tem efeito suspensivo por força de lei: a) Lei de ação civil pública (art 1 4 da Lei Federal n. 7.347/1 985); b) sentença que concede o mandado de segurança (art. 14, § 3°, Lei n. 12.01 6/2009); c) sentença em ações de despejo (art. 58, inciso V, da Lei Federal o. 8.245/1 99 1); d) sentença que conceder o habeas data (art. 15, par. ún., da Lei Federal n. 9.507/1 997); e) sentença que deferir adoção, salvo se se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando (art. 199-A, Lei n. 8.069/1 990) e a sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar (art. 199-B, Lei n. 8.069/1 990).

4.5. Meios para concessão de efeito suspensivo à apelação

A legislação processual estabelece se o recurso terá, além do devolutivo, o efeito suspensivo. Trata-se do critério ope legis do efeito suspensivo. A apelação, como visto, tem, em regra, o efeito suspensivo, em razão da determinação legal (critério ope legis), sendo recebida apenas no efeito devolutivo, se a causa estiver 52. Acórdão unânime da 4' Turma do STJ, REsp 145.676/SP, rei. Min. Barros Monteiro, j. 2 1 .06.2005, DJ

de 19.09.2005, p. 327. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE REVOGA A ANTEClPAÇÃO DA TUTELA. EFEITOS DA APELAÇÃO. MERAMENTE DEVOLUTIVO NO QUE

TOCA À ANTECIPAÇÃO. 1. A interpretação meramente gramatical do Art. 520, Vfl, do CPC quebra igualdade entre partes. 2. Eventual efeito suspensivo da apelação não atinge o dispositivo da sentença que tratou de antecipação da tutela, anteriormente concedida." (Acórdão unânime da 3º Turma do STJ, R.Esp 768.363/SP, rei. Miu. Humberto Gomes de Barros, j. 14/2/2008, DJ de 5/3/2008, p. 1).

53. DINAMARCO, Cândido. Capítulos de Sentença. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 97.

54. GIANNTCO, Maricí, GIANNICO, Maurício. "Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões".

Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 4 1 1 . Assim, também, CAM

Bl, Eduardo. "Efetividade da decisJo recorrida e o efeito suspensivo dos recursos". Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. São Paulo: RT, 2006, v. 9, p . 1 29 ss.

enquadrada em uma das hipóteses relacionadas no art. 520 do CPC ou se assim dispuser norma de legislação extravagante.

Nos casos em que a apelação não possui o efeito suspensivo, poderá o juiz concedê-lo, caso haja requerimento da parte nesse sentido. Haverá, nesse caso, concessão de efeito suspensivo opejudicis.55

O juiz somente poderá receber o recurso no efeito suspensivo se a lei assim

determinar (critério ope legis) ou se a parte assim o requerer (critério opejudicis), preenchidos os pressupostos da verossmilhança das alegações e do perigo.56 Na primeira h ipótese, a atuação do juiz é feita ex officio, enquanto, na segunda, é necessário haver o requerimento da parte interessada. Na primeira hipótese, como a atuação se faz de oficio, caso o juiz tenha se equivocado e recebido o recurso no efeito diverso do que a lei estabelece, poderá corrigir o engano de oficio ou atendendo a mero requerimento da parte. Já na segunda h ipótese, como o critério é ope judieis, não podendo haver atuação ex o.fficio, o equívoco deverá ser corrigido por meio de recurso próprio dirigido contra a decisão relativa à concessão de efeito suspensivo ao recurso que não o tem.57

O relator pode, no agravo de instrumento, conceder efeito suspensivo, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens e levantamento de dinheiro sem caução idônea. Afora esses casos, a atual redação do art. 558 do CPC permite, ainda, que se empreste efeito suspensivo ao agravo de instrumento em todos os casos dos quais possa resultar grave lesão e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. O parágrafo único do referido art. 558 do CPC estende essa possibilidade de agregação de efeito suspensivo ao recurso de apelação, quando, nas hipóteses previstas no art. 520 daquele diploma, o mencionado recurso seja desprovido de efeito suspensivo. O disposto no parágrafo único do art. 558 do CPC aplica-se não somente aos casos do art.

520 do CPC, mas também a todos os outros em que a apelação seja desprovida de efeito suspensivo.58

O pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação, fundado no parágrafo único do art. 558 do CPC, constitui, ao menos em sentido amplo, uma medida cautelar.

55. BUENO, Cassio Scarpinella. Execução provisória e antecipaçcio da 1111ela. São Paulo: Saraiva, 1999, p.

299-373

56. JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 1 1 .6.1., p. 286-288.

57. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: RT, 2000, p. 220.

58. BERMUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 125.

FREDIE ÜIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Na eventualidade de o juiz receber a apelação apenas no efeito devolutivo, poderá o apelante interpor des a decisão um recurso de agravo de instrumento, pretendendo a obtenção desse efeito suspensivo no tribunal.

O agravo de instrumento, nessa hipótese, contém previsão no caput do art.

522 do CPC.

Além dessa possibi lidade de interposição de agravo de instrumento, há, ainda, outra opção: pode ser ajuizada cautelar, destinada a agregar efeito suspensivo à apelação.

A tão só interposição da apelação já é suficiente para considerar competente o tribunal (na pessoa do relator que for escolhido) para apreciar a cautelar que for preciso ser ajuizada.59 Com efeito, interposta apelação, a cautelar, na dicção do parágrafo único do art. 800 do CPC, deve ser ajuizada diretamente no tribunal, não devendo ser dirigida ao juiz de primeira instância. Em outras palavras, estando a causa no tribunal ou já tendo sido interposta a apelação, não se dirige mais a cautelar para o juiz de primeira instância, a não ser que se trate de alimentos provisionais (CPC, ait. 853) ou de atentado (CPC, art. 880, parágrafo único), que rigorosamente não são medidas cautelares.

Abstraídas essas últimas hipóteses, estando a causa no tribunal ou já tendo sido interposta a apelação, a cautelar deve ser intentada perante o tribunal. Nesse caso, tal cautelar desponta como um meio adequado à obtenção de efeito suspensivo à apelação que não o tem. O relator da cautelar ficará prevento para a apelação.

Não é esse, porém, o pensamento do STF, no que diz respeito à atribujção do efeito suspensivo a recurso extraordinário. Para o STF, a competência para examinar o pedido de efeito suspensivo só lhe é transferida após o primeiro juízo de admissibilidade do recurso, e não após a sua interposição (enunciados n. 634

e 635 da súmula do STF). Sobre o tema, ver item próprio no capítulo sobre os recursos extraordinários.

Diante dofumus bonijuris e do periculum in mora, poderá o relator da cautelar, verificando ser relevante o fundamento da apelação e divisando o risco de grave lesão ou de difícil reparação, conceder a liminar destinada a comunicar efeito suspensivo à apelação que dele é desprovida.

Interposta a apelação, tendo sido esta recebida e já estando os autos principais no tribunal, parece não ser mais necessário ajuizar a ação cautelar. Basta ao apelante, com fundamento no parágrafo único do art. 558 do CPC, requerer ao

59. FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia "Competência para as ações cau1elares depois de interposto recurso -

art. 800, parágrafo único do CPC". Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (_ coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 446.

APELAÇÃO

relator que conceda o efeito suspensivo pretendido, em razão da coexistência do fumus boni juris e do periculum in mora. É que tal requerimento caracteriza-se como uma medida cautelai; podendo ser veiculada numa ação cautelar ou nos próprios autos em que interposta a apelação.

Quando a apelaçã.o já tiver desencadeado a remessa dos autos ao tribunal, estando em poder do relator, não se afigura mais cabível a ação cautelar. É que o pedido de efeito suspensivo, fundado no parágrafo único do art. 800 do CPC, pode ser feito por mera petição, despontando a desnecessidade da propositura da ação cautelar. Nesse caso, faltará à ação cautelar o indispensável i nteresse de agir, eis que este somente estará presente, se houver necessidade da providência jurisdicional.

Se a apelação for parcial, isto é, caso o apelante tenha se insurgido apenas contra uma parte da sentença, somente esta parte é que será objeto do efeito devolutivo, vindo a ser transferida ao conhecimento do tribunal. Quanto à parte não impugnada, restou não incluída na devolução do recurso, que será, nesse caso, parcial. Tal parte não impugnada irá transitar em julgado, passando a ser acobertada pela coisa julgada material. A cautelar que venha a ser intentada com finalidade diversa de obtenção de efeito suspensivo a recurso e que diga respeito a esta

-

parte não impugnada -, deverá, então, ser proposta perante o juízo que apreciou a causa em primeiro grau de jurisdição.60 Note que essa cautelar não pode ser para a obtenção da suspensão da execução do capítulo da decisã.o não-recorrido, providência que somente poderia ser concedida pelo tribunal competente para a revisão dessa coisa julgada, sob pena de usurpaçã.o de competência. É possível, porém, imaginar uma medida cautelar preparatória da futura fase executiva.

Para conferir efeito suspensivo à apelação que não o tem, sobressaem 2 (duas) opções: (a) ajuizar uma ação cautelar diretamente no tribunal, com fulcro no parágrafo único do art. 800 do CPC, ou (b) aguardar a decisão do juiz que receber a apelação apenas no efeito devolutivo e dela interpor um agravo de instrumento, em cujas razões deve-se requerer a concessão do efeito suspensivo- que se caracreriza, em verdade, como uma amecipação de lute/a recursai -, fundando-se no art. 527, m do CPC.

Tudo indica que tais medidas sejam concorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, contudo, que somente se afigura cabível o agravo de instrumento como meio destinado a conferir efeito suspensivo à apelação recebida apenas no efeito devolutivo, revelando-se inadequada a ação 60. LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 5' ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v.

VI 11, t. 1, n. 46, p. 1 62. No mesmo sentido: FRANÇOL!N, Wancssa de Cássia. "Competência para as ações cautelares depois de interposto recurso - art. 800, parágrafo único do CPC". Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Arruda Alvim e Eduardo Arruela Alvim (coord.). Rio ele Janeiro: Forense, 2003, p. 4 5 1 .

cautelar, pois se estaria utilizando esta última medida como um super recurso, sem prazo para interposição, o que, no entender daquela Corte Superior, seria inadmissível.61

Não parece, contudo, que se deva afastar o cabimento da ação cautelar para obtenção de efeito suspensivo à apelação que não o tenha. Desponta, bem ao revés, admissível, na espécie, a ação cautelar. Real.mente, as condições da ação estão presentes, sendo possível juridicamente o pedido, eis que encontra escoro

no parágrafo único do art.

800 do CPC. A parte que interpôs o recurso afigura-se legítima para requerer a providência cautelar, sendo igualmente legítima a parte contrária, eis que beneficiária do ato judicial que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo.

A circunstância de existir a possibilidade de interpor um agravo de instrumento não subtrai a necessidade da ação cautelar, estando presente o interesse de agir. Trata-se de medidas concorrentes, podendo a parte valer-se tanto da ação cautelar como do agravo de instrumento. A cumulação dessas medidas não se afigura vedada pelo sistema. De acordo com a regra da singularidade, é proibida a interposição simultânea de mais de um recurso contra a mesma decisão, excepcionado apenas o ajuizamento conjunto de recurso especial e extraordinário. Acontece, porém, que a cautelar não é um recurso. Logo, não sendo recurso, não se submete à incidência da regra da singularidade, podendo ser ajuizada em conjunto com outro meio de impugnação.

A previsão de agravo de instrumento não retira, em tese, a necessidade da ação cautelar destinada a obter efeito suspensivo a apelação dele desprovida.

A ausência de interposição de agravo de instrumento contra a decisão do juiz de primeira instância que recebe a apelação apenas no efeito devolutivo não tem o condão de gerar preclusão, a inibir o ajuizamellto da cautelar fundada no parágrafo único do art. 800 do CPC. A preclusão ostenta natmeza endoprocessua/, sendo especifica, de sorte que atinge apenas aquela determinada situação jurídica processual. Assim, preclusa a oportunidade de interpor agravo de instrumento, caracterizou-se a perda do ônus processual de intelltar tal recurso, não sendo atingidos com tal perda outras situações jurídicas processuais.

6 1 . Eis o teor do seguinte julgado: "Processual Civil - Ar1. 523, § 4° e 558, parágrafo único do CPC - laterpretação -Admissibilidade de agravo de instrumento para conferir efeito suspensivo à apelação recebida somente no efeito devolutivo - Inadmissibilidade de ação cautelar - Recurso especial não conhecido.

1 - O an. 523, § 4° cio CPC deve ser interpretado de forma a não frustrar a eficácia do processo. Dessa forma, contra decisão interlocutória que verse sobre os efeitos em que recebida a apelação, cabe o agravo de instrumento. li - Após a introdução do art. 558 e parágrafo único pela Lei nº 9.139/95, capaz de

proporcionar ao recorrente a satisfação de sua pretensão de forma célere, a ação cautelar não tem lugar, até porque implicaria em aumento de prazo recursai, favorecendo uma das partes em detrimento da outra.

Ili - Recurso especial não conhecido." (Acórdão não unânime da 3• Turma do STJ, R.Esp 263.824/CE, rei. Min. Waldemar Zveiter, rei. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1 9/03/2001, DJ de 1 8/06/2001 , p. 1 5 1). No mesmo sentido: "PR.OCESSUAL CTVIL. MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO

EM SEDE D E MANDAMUS. EFEITO DEVOLUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABLMENTO.

O recurso adequado contra sentença proferida em writ é o de apelação e contra a decisão que define os efeitos do recebimento da apelação (suspensivo ou devolutivo) é o agravo de instrumento, não podendo ser substituído pela propositura de ação cautelar autônoma, máxime pela possibilidade de concessão imediata de efeito suspensivo ope judieis, pelo relator. Recurso especial improvido." (Acórdão unânime da 1 • Turma do STJ, REsp 423.214/SP, rei. Min Luiz Fux,j. 1 8/0612002, DJ de 19/0812002, p. 149).

APELAÇÃO

Tudo está a demonstrar, portanto, que se afigura cabível a ação cautelar, fundada no parágrafo único do art. 800 do CPC, para dar efeito suspensivo à apelação.

O argumento de que, a se admitir a cautelar para emprestar efeito suspensivo à apelação, estaria a conferir à parte um super recurso sem prazo de interposição, não resiste à constatação de que a jurisdição cautelar apresenta-se inerente ao exercício da própria jurisdição. Efetivamente, em virtude da norma inscrita no art. 5°, XX.XV, da Constituição Federal, segundo a qual "a lei não exduirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ", passou-se a entender que, a par da jurisdição tradicional, que se relaciona com o reconhecimento de direitos postulados, surge uma jurisdição cautelar.

Mesmo que persista o entendimento restritivo do STJ em não admitir a cautelardestinada a comu1úcar efeito suspensivo à apelação, não se deverá negar o manejo de tal medida de urgência quando, não tendo o juiz ainda proferido a decisão relativa aos efeitos da apelação, surja a necessidade imediata de se obter urna medida urgente. Nesse caso, e para que se atenda à orientação do STJ, restaria concluir que a cautelar, fundada no parágrafo único do art. 800 do CPC, seria cabível entre a interposiçi'ío da apelação e a decisão do juiz relativa aos efeitos em que a receberá. De igual modo, e para ser coerente com a orientação do STJ, de forma a preservar a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, afigura-se cabível a cautelar, quando, mesmo j á tendo sido proferida a decisão relativa aos efeitos da apelação, a urgência tenha surgido após o escoamento do prazo para a interposição do agravo de instrumento.

Nessas hipóteses, não há como afastar o cabimento da cautelar, ainda que persista o entendimento restritivo do STJ, sob pena de grave ofensa ao já mencionado princípio contido no art. 5°, XX.XV, da Constituição Federal.

Além desses mecanismos (agravo de instrumento e cautelar), que são concorrentes, cumpre lembrar que, em se tratando de pessoa jurídica de direito público ou do M inistério Público ou, ainda, de concessionária de serviço público, é possível o ajuizamento de suspensão de segurança, destinada a suspender a sentença, servindo, em última análise, para agregar efeito suspensivo à apelação. Sobre o assunto, há capítulo próprio neste volume do Curso a respeito da suspensão de segurança.

5. QUESTÕES ANTERIORES À SENTENÇA AINDA NÃO DECIDIDAS

(CPC, ART. 5 16)

O art. 5 1 6 do CPC cuida, também, da profundidade do efeito devolutivo. Es-tá assim redigido: "Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas". Existem, basicamente, duas correntes doutrinárias sobre a interpretação do art. 5 1 6 do CPC, cada uma capitaneada por dois dos maiores especialistas brasileiros em recursos.

Para Barbosa Moreira, o art. 5 1 6 cuida das questões incidentes, "anteriores à

sentença", cuja solução não influi no resultado do julgamento e ex.: impugnação ao valor da causa ou ao beneficio da gratuidade), e que foram ou poderiam ter sido 1 4 1

suscitadas, mas não chegaram a ser resolvidas (por decisão inter!ocutória atacável por agravo)62• Restaram em aberto. Segundo o dispositivo em comento, o tribunal ad quem, ao julgar recurso contra sentença, em vez de devolver o processo para que o órgão a quo se debruce sobre a esquecida questão

incidental, deve solucioná-la na segunda instância, antes de julgar a questão principal do apelo. E sua solução, por óbvio, comporia a fundamentação do acórdão do ad quem63.

"Significa, portanto, que o artigo ora comentado está a se referir àquelas questões que deveriam ter sido resolvidas por decisão interlocutória, mas não foram, ficaram soltas nos autos. Podem (ou melhor devem) elas ser apreciadas e decididas pelo tribunal quando do julgamento da apelação"M.

Nelson Nery Jr. adota posição cliametralmente oposta, entendendo que o artigo deveria referir-se às questões decididas, de ordem pública, a cujo respeito não se operou a preclusão. Daí por que, no seu entender, a inovação do rutigo foi inócua: as questões ainda não decididas já estariam devolvidas ao tribunal por força do artigo 5 1 5, §§ l º e 2° do CPC. O pensamento de Nelson Ne1y Jr. parte da premissa de que a solução das questões de ordem pública não se submete a preclusão - pensamento rejeitado expressamente por um dos autores desse curso, em sua tese de doutoramento65. Assim, o referido professor afirma que as questões não decididas subiriam por força dos §§ do art. 5 1 5 e as questões decididas, anteriores à sentença, a cujo respeito não se operou a preclusão, subiriam por força do art. 5 1 666.

O legislador adotou expressamente a concepção de Barbosa Moreira.

6. A INOVAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO

Yige no direito brasileiro a proibição, em regra, do ius novorum em sede recursai. O ius novorum é a possibilidade de inovar em segunda instância.

O art. 5 1 7 do CPC, contudo, permite que o apelante/apelado suscite questões de fato novas, desde que pro e que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

62. "É manifesto equívoco supor que o dispositivo sob exame - seja na redação anterior, seja na atual - in·

terfira de algum modo na disciplina da matéria regulada pelo art. 515. a realidade, trata-se de assuntos diversos: o art. 5 1 6 diz respeito a questões "anteriores à sentença", isto é, a questões incidentes, que antes dela não apenas foram (ou poderiam ter sido) suscitadas, mas eram passíveis de apreciação (em decisão interlocutória); não diz respeito a questões cuja solução possa influir no teor do julgamento, no sentido em que se vai sentenciar, e por isso de' am ser

enfrentadas na própria fundamentação da sentença. Esquecer tal diferença é perder-se em labirinto sem saída". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de hneiro: Forense, 2002. v. 5, p. 450).

63. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de .Janeiro, Forense, 2003, V. 5, p. 450-45 1 .

64. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Co111e111ários ao Código de Processo Civil, ob. cit., p. 142.

65. DIDrER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da açcio. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-93.

66. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 974.

AJ>ELAÇÃO

No caso, trata-se de questões de fato insuscetíveis de apreciação de oficio, invocadas apenas no juízo de apelação por pessoa que já era parte no procedimento de primeiro grau. Eis o texto normativo: "As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior".

O art. 5 1 7 do CPC não trata do efeito devolutivo da apelação, pois não se refere a questões já submetidas ao juízo de primeira instância, aludindo, em verdade, a

pontos inéditos, ainda não submetidos, naquele processo, ao conhecimento do órgão jurisdicional. O dispositivo permite a alegação de novo fundamento de fato, desde que demonstrado um motivo de força maior. A contrario sensu, não se admite a inovação, em matéria de fato, no âmbito do recurso de apelação. Essa regra, contida no referido art. 517 do CPC, tem por finalidade obstar a deslealdade processual, coibindo o intuito de ocultação e o desiderato de surpreender a parte contrária, com alegações de fato que não foram, oportunamente, apresentadas.

É evidente, portanto, que o art. 517 do CPC decorre da boa fé objetiva e do dever geral lealdade processual, de sorte que somente se permite a inovação, na apelação, em matéria de fato, se efetivamente restar comprovado um motivo de força maior.67

A prova dos fatos novos pode ser feita por documentos. Nesse caso, impõe-se instaurar o contraditório, intimando-se a parte contrária para sobre eles pronunciar

-se em cinco dias (CPC, art. 398). Se, todavia, a prova for feita por outro meio, poderá ser produzida ou colhida no próprio tribunal, a cargo do relator, o qual poderá, alternativamente, delegar a um juízo de primeira instância, aplicando-se analogicamente o art. 492 do CPC - ver o item dedicado à produção de prova em procedimento recursa!, no capítulo relativo à ordem do processo nos tribunais.

A lei não proíbe a j untada de documento novo referente a fato velho, desde que se demonstre que ele não pôde ter sido juntado antes.

Além disso, é possível invocar questões de fato novas, relacionadas aos arts.

303 e 462 do CPC, bem como escapam da proibição "as questões de fato porventura suscitadas, pela primeira vez, na apelação do terceiro prejudicado"68.

Há questões de direito que também podem ser suscitadas em grau de apelação. São aquelas que "comportam apreciação a qualquer momento, seja qual for o grau de jurisdição, e independentemente de provocação da parte",69 como as questões de ordem pública (art. 267, § 3º, CPC). Cumpre lembrar, com B arbosa Moreira, "a impossibilidade de inovar a causa no juízo da apelação, em que é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão a quo (inclusive 67. Nesse sentido, PEREIRA, Joana Carolina Lins. Recursos de apelação: amplitude do efeito devolutivo.

Curitiba: Juruá, 2003, p. J 80.

68. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. cit., p. 453.

69. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O cd. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. 5, p. 453.

declaração incidental), ou - sem prejuízo do disposto no art. 462, aplicável também em segundo grau - invocar outra causa petendi, sendo irrelevante a anuência do adversário"7º.

O art. 5 1 7 do CPC aplica-se apenas às partes, não devendo incidir no recurso de terceiro, pois não tendo participado do processo, não poderia, antes, ter suscitado qualquer questão de fato perante o órgão de primeira instância. Quer isso dizer que o art. 5 1 7 do CPC não se aplica ao terceiro, podendo este invocar fundamento de fato ainda não apresentado no processo, mesmo que não haja um motivo de força maior.71 Como o dispositivo decorre da boa fé objetiva, e considerando que esta consiste numa avaliação comportamental, não há qualquer contradição ou comportamento indevido do terceiro que, prejudicado com a decisão, recorre, alegando fundamento de fato ainda não invocado. Não incide, portanto, o art. 5 1 7

do CPC ao recurso de terceiro.

7. PROCEDIMENTO

7.1. Procedimento em primeira instância. A súmula impeditiva de recurso A

apelação, que se sujeita ao prazo de quinze dias e, via de regra, ao preparo, deve ser interposta por petição escrita perante o juízo de primeira instância que proferiu a sentença atacada. Juntada a apelação aos autos, deve ser logo encaminhada ao juiz para que possa analisar sua admissibilidade.

Não é lícito ao juízo a quo, perante quem se interpõe a apelação, apreciar-lhe o mérito. Incumbe-lhe, apenas, controlar a sua admissibilidade. Nas causas que tramitam sob o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a apelação permite o juízo de retratação (Lei Federal n. 8.069/1990, art. 198, VII). Também é possível o juízo de retratação na apelação contra sentença que indefere a petição inicial (CPC, art. 285-A, § 1°, e art. 296).

"O j uiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal" (§ 1 ° do art. 5 1 8 do CPC). Trata-se de mais um dispositivo que decorre do sistema de força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente daquelas teses já consagradas na súmula da sua jurisprudência predominante.

Com efeito, como restará demonstrado adiante, distribuída a apelação ao relator, esse poderá negar-lhe seguimento, quando já houver súmula de tribunal 70. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. cit., p. 431.

7 1 . PEREIRA, Joana Carolina Lins. Recursos de apelação: ampliwde do efeito devol111ivo. cit., p. 1 8 1 .

superior (CPC, art. 557), podendo, igualmente e pelas mesmas razões, negar seguimento ao reexame necessário (súmula do STJ, n. 253) ver, a propósito, o

-

capítulo sobre reexame necessário.

Quando há súmula de tribunal superior, é muito provável que o relator negue seguimento ao reexame necessário ou à apelação. Nesse caso, há apenas u m exercício de inutilidade: o juiz autoriza o encaminhamento1da apelação ou submete a sentença ao reexame necessário. O relator, valendo-se do que lhe autoriza o art.

557 do CPC, nega seguimento à apelação ou ao reexame necessário.

Para evitar esse gasto inútil de tempo, o § 3° do art. 475 do CPC prevê que o juiz já pode dispensar o reexame necessário, quando a sentença estiver fundada em súmula do tribunal superior. Ora, mantendo unidade e coerência sistemática, se o juiz pode dispensar o reexame necessário no caso de a sentença fundar-se em súmula de tribunal superior, cabe-lhe também não admitir o recurso de apelação, caso já haja súmula de tribunal superior a respeito do tema. Do mesmo modo, se o juízo de admissibilidade da apelação é feito também pelo juízo a quo, é natural que se lhe estenda o poder previsto no art. 557 do CPC, conferido ao relator, para proferir juízo de inadmissibilidade da apelação quando estiver em desconformidade com texto sumulado por tribunal superior.

O § l º do art. 5 1 8 do CPC não se aplica em cinco situações: a) se a apelação tiver por fundamento errar in procedendo, pretendendo o apelante invalidar a decisão judicial; b) se o apelante discutir a incidência da súmula no caso concreto: neste caso, o recorrente não discute a tese jurídica sumu la da: alega, isso sim, que o caso não se subsome à hipótese normativa consolidada jurisprudeocialmente (procede ao distinguishing; sobre o assunto, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste Curso); e) se o apelante trouxer em suas razões fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram o enunciado da súmula do STF ou STJ, que permitam o overruling do precedente (ver texto centralizado abaixo); d) se houver choque de enunciados do STF e do STJ sobre o mesmo tema72; e) se, embora sem choque entre enunciados dos tribunais superiores, 72. GARCEZ, Luiza Maria Gonçalves. Art. 518, § / [illegible] do

CPC: súmula impeditiva de recurso. Monografia de conclusão de curso. Salvador, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2007, p. 54-55.

Até a 8ª edição deste volume, dava-se o exemplo do choque entre o enunciado 84 da súmula do STJ e o 621 da súmula do STF. Em tal exemplo, verifica-se que é do STJ a competência institucional para tratar dessa matéria. O STF, nesse assunto, não figura como órgão de superposição, de sorte que, pelo recurso extraordinário, não poderá a questão ser examinada pela Corte Suprema. Hã, na realidade, um aparente conflito entre os enunciados da súmula do STF e do STJ. Nessa hipótese, aplica-se a súmula do STJ, c não a do STF, devendo o juiz negar seguimento à apelação, caso a sentença apóie-se na orientação ministrada pelo STJ.

houver divergência manifesta de posicionamento entre o enunciado de um e a jurisprudência dominante do outro.

Chama-se, na doutrina do common law, overruling a superação de um precedente, por se o entender equivocado ou ultrapassado. Baseado nas explicações de Reynolds, Marcelo Alves Dias de Souza esclarece que as cortes americanas

"acreditam que têm o poder de mudar seus pensamentos, banir casos desacreditados, desgastados pelo tempo, e tecer novas decisões na rede sem costura que é o Direito".73 Ainda segundo Marcelo Alves Dias de Souza, "não se pode esconder a verdadeira revolução que é o overruling no que diz respeito à matéria objeto do precedente revogado. Como explica Sotelo, se levado às últimas consequências, 'o overruling equivale a uma declaração pública, coram populi, de que todos os casos precedentemente decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinham sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro Direito'".74

"A decisão que acolhe nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a ratio decidendi anterior (e>.press overruling). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante"75. O overruling implica uma revogação expressa do precedente, podendo haver, também, a revogação implícita, quando simplesmente se decide contrariamente ao precedente anterior ou quando se argumentar que a decisão não se sustenta diante de uma decisão posterior de uma corte superior.76 Como esclarece Leonardo G reco, o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o overruling.1'

A decisão que implicar overruling exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.

A mudança de orientação pode ter eficácia retroativa, para atingir as situações consolidadas sob a vigência do precedente anterior (retrospective overruling, na linguagem da common law). Trata-se de técnica que somente deve ser aplicada se a duração do precedente superado for muito curta. Mais comum é o prospective overruling, em que a mudança de precedente opera apenas para as situações que surjam a partir dessa decisão, dali para frente (eficácia ex nunc).

Não admitida a apelação pelo juízo a quo, cabe agravo de instrumento pelo apelante (art. 522 do CPC). Em encontro promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, a M in istra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, defendeu ser possível aplicar-se, analogicamente, a esse agravo de instrumento

73. Do precede111ejudicial à sú11111/a l'incu/a111e. Curitiba: Juruá, 2006, n. 10.4.5, p. 149.

74. Idem, p. 150.

75. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precede111ej11dicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 179.

76. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precede11tejudicial à súmula vi11c11/ante. Curitiba: Juruá, 2006, n.

10.4.5.2, p. 153.

77. GRECO, Leonardo. "Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança". Revista Dia/érica de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 1 O. p. 46.

a regra contida no antigo § 3º (atual § 4º, após a Lei n. 12.322/2010) do art. 544

do CPC, de sorte que pode o relator, se a sentença estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, conhecer do agravo para já dar provimento à própria apelação, ou determinar a conversão do agravo de instrumento em apelação, observando-se, daí em diante, o procedimento desta, com revisor, inclusão em pauta, sustentação oral etc.

Esse entendimento ajusta-se às ideias manifestadas no presente livro, concretizando a instrumental idade do processo e, de igual modo, o chamado processo civil de resultados, que se destina à obtenção de uma solução mais rápida, eficaz e ágil. Atende-se, enfim, ao espírito das últimas reformas levadas a efeito no Código de Processo Civil, garantindo o direito, constitucionalmente assegurado, a um processo com duração razoável. Em suma, é possível que o relator, no agravo de instrumento i nterposto contra a decisão do juiz que, com base no § 1 º do art.

518 do CPC, inadmite a apelação, já aprecie esta, nos termos do que dispõe o art. 544, § 4° do CPC.

Na verdade, quando o juiz aplica o § 1° do art. 5 1 8 do CPC, ele está a negar seguimento à apelação por razões de mérito; pode-se dizer que se conferiu ao juiz, nesse caso, competência para julgar o mérito da apelação. O juiz, em outras palavras, estará negando provimento à apelação. Daí por que o tribunal já pode apreciar a sentença, no agravo de instrumento interposto dessa decisão do juiz, modificando-a. Sendo certo que o juiz, ao aplicar o § 1° do art. 518 do CPC,julga o mérito da apelação, o subsequente agravo de instrumento tem, em seu efeito devolutivo, inserida essa própria matéria de mérito, já podendo rever, ali mesmo, a sentença.

Admitida a apelação, o juiz deve declarar em que efeitos a recebe, determinando a intimação da parte contrária para que ofereça suas contrarrazões. Oferecidas as contrarrazões, devem os autos ser, uma vez mais, encaminhados ao juiz para que possa reapreciar, em cinco dias, a admissibilidade da apelação (CPC, art. 518, § 2°). Se, ao reexaminar os requisitos de admissibilidade, o juiz verificar a ausência de algum deles, deverá negar seguimento à apelação, daí cabendo agravo de instrumento pelo apelante.

7.2. Procedimento no tribunal

Do contrário, ou seja, mantido o juízo positivo de admissibilidade da apela

ção, os autos segui rã.o ao órgão ad quem para que haja distribuição. A apelação tem, geralmente, um relator e um revisor (CPC, art. 551), devendo ser julgada por órgão composto por três membros (CPC, art. 555). Há casos, contudo, em que se dispensa o revisor, de forma que a apelação terá apenas relator: quando a

apelação for interposta em causa que tramite pelo rito sumário, quando se tratar de apelação contra o indeferimento da petição inicial ou quando se tratar de ação de despejo (CPC, art. 55 l , § 3°). Além dessas h ipóteses, não há revisor na apelação interposta em execução fiscal (Lei nº 6.830/1980, art. 35)78. Nos casos de apelação contra sentença que indefere a petição inicial com resolução do mérito (art. 285-A e art. 295, IV, CPC), é razoável a interpretação que exige a figura do revisor, ao lado do relator, não incidindo a regra que dispensa a sua presença.

Distribuída a apelação, os autos seguem conclusos ao relator. Ao examiná-la, este poderá, aplicando o art. 557 do CPC,já lhe negar seguimento ou provimento, por ser intempestiva, deserta. i nadmissível, manifestamente improcedente ou contrária a súmula ou jurisprudência de tribunal superior ou do próprio tribunal.

Diversamente, poderá o relator, aplicando o § 1º-A do art. 557 do CPC, já lhe dar provimento, quando a apelação estiver de acordo com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior.

Em qualquer uma dessas h ipóteses, cabe agravo interno, no prazo de cinco dias, a ser julgado pelo colegiado competente para a apreciação da apelação, se o relator não reconsiderar sua decisão.79

Não sendo hipótese de aplicação do art. 557 do CPC, deverá o relator estudar o caso, elaborando o relatório e, em seguida, determinando a remessa dos autos ao revisor, a quem competirá apor seu visto nos autos e pedir inclusão do feito em pauta de julgamento. Nos casos em que não há revisor, é o próprio relator quem pede a inclusão do feito em pauta.

Feita a inclusão em pauta, esta deve ser publicada no Diário de Justiça com antecedência mínima de quarenta e oito horas da sessão de j ulgamento, sob pena de nulidade (súmula do STJ, enunciado n. 1 17).

No julgamento colegiado, deverá o relator ler seu relatório, após o que os advogados poderão sustentar oralmente suas razões, daí se seguindo a colheita dos votos, com o anúncio do resultado. Depois, lavra-se o acórdão, do qual deve constar a ementa.

78. "É discutível se a apelação em mandado de segurança tem ou não revisor. Ao julgar o AgRg no Ag 620. 149/

RJ, rei. Min. Hélio Quaglia Barbosa, a 6' Turma do STJ entendeu que não há revisor na apelação em mandado de segurança (j. 1 6/3/2006, DJ de 3/4/2006, p. 429)".

A quesi,'lo, ao que parece, foi resolvida pela Lei n. 12.01 6/2009, pois o § Iº do seu art. 20 determina que o processo do mandado de segurança deverá ser levado a julgamcmo na primeira sessão que se seguir à data em que for concluso ao relator, sem mencionar a revisão.

79. Se a apelação foi recebida no duplo efeito e o relator, aplicando o art. 557, negou-lhe seguimento, o agravo interno que vier a ser interposto ierá também duplo efeito. É que a apelação não foi, ainda, julgada em definitivo; falta o acórdão do colegiado.

APELAÇÃO

7.3. Correção de defeitos processuais no procedimento da apelação Recente alteração legislativa prevê, expressamente, a possibilidade de o tribunal corrigir defeitos processuais em sede de apelação. Trata-se do §4º do art. 5 1 5

d o CPC: "§ 4°. Constatando a ocorrência d e nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação".

É dispositivo importante, pois consagra a ideia de que todo defeito processual deve ser corrigido, mesmo em instância recursai; está em total consonância com o sistema das invalidades processuais do CPC.

O dispositivo somente se aplica para sanar vícios, não incidindo quando o vício já tiver sido convalidado ou atingida a finalidade do ato. Com efeito, " ...

o § 4° do art. 5 1 5 do CPC não se aplica se o vício já tiver sido convalidado pela preclusão ou sanado pelo atingimento da final idade ou pela ausência de prejuízo.

Não havendo sanação do vício, e sendo possível obtê-la pela prática ou renovação do ato, deve, então, o tribunal, em vez de anulá-lo, aplicar o referido dispositivo, ordenando seja o ato praticado ou renovado, obtendo-se, assim, sua sanação".8º

Não obstante o dispositivo contenha a expressão "poderá determinar", cumpre que se confira sentido cogente à regra para se entender que o tribunal "determinará" a prática ou renovação do ato.81 Não sendo possível, contudo, sanar o vício, caberá, então, ao tribunal anular a decisão recorrida para que seja determinada sua renovação pelo juízo a quo. Se, por exemplo, foi reconhecido ser indevido o julgamento antecipado da lide, tendo havido rematado cerceamento de defesa, impõe-se anular a sentença para que o juiz conduza a instrução e, somente então, profira nova sentença.82 Se o vício está na própria sentença, ou seja, trata-se de um vício intrínseco à sentença, não contendo, por exemplo, fundamento ou tendo sido proferida extra petita, também não há como aplicar o § 4° do art. 515 do CPC, devendo-se, isto sim, anular a sentença, com a determinação de retorno dos autos ao juízo a quo para prolação de outra que não contenha o vício.83

80. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no âmbito recursai (o § 4° do art.

5 1 5 do CPC)". Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wa111bie1: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; Luiz Manoel Gomes Júnior (coords.). São Paulo: 2008, p. 764.

8 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 25' ed.

Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 1 4 1 .

82. WAMBCER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da semença. 6" ed. São Paulo: RT, 2007, n.

2. 1 0.2, p. 257. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no âmbito recursai (o § 4° do art. 5 1 5 do CPC)", cit., p. 765.

83. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no âmbito recursai (o § 4º do art.

5 1 5 do CPC)", cit., p. 765.

Antes da inserção de tal dispositivo, a praxe revelava que, verificada, por ocasião do julgamento da apelação, defeito sanável do procedimento, o tribunal dava-lhe provimento para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, a fim de que se repetisse o ato anulado e os demais que dele decorriam, proferindo-se nova sentença, daí se seguindo nova apelação etc.

Com o advento de tal regra, sendo o defeito sanável (e talvez todos os defeitos

processuais sejam sanáveis - cf. capítulo sobre invalidades processuais no v. 1

deste curso), não se faz mais necessária a invalidação da sentença, com a repeti

ção dos atos atingidos pela decretação da invalidade. Agora, verificado o defeito do procedimento, determina-se o sobrestamento do julgamento da apelação para que seja suprido o vício, retomando-se, em seguida, o julgamento no tribunal. A adoção desse expediente acarreta ganho de tempo, com racionalização no julgamento, atendendo, em última análise, ao princípio constitucional da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5°, LXX V I J l)84.

I magine-se, por exemplo, que o juiz proferiu sentença de procedência, baseando-se num documento juntado pelo autor, sem que tivesse sido intimado o réu para sobre ele manifestar-se. Interposta a apelação pelo réu, este requer a nulidade da sentença, por não ter tido oportunidade de manifestar-se sobre o documento, restando violado o art. 398 do CPC e, de resto, o princípio constitucional do contraditório. Nesse caso, o tribunal, em vez de anular a sentença para que o juiz determine a intimação do réu e, somente depois, profira outra, irá sobrestar o julgamento da apelação, ordenando a intimação do réu para que possa manifestar-se sobre o documento. Com a manifestação do apelante, que sana o defeito, o tribunal terá novos el.ementos para manter ou reformar a sentença.

Outro exemplo: em determinada demanda em que se fazia necessária a participação do M inistério Público, este não fora intimado. É pacífico o entendimento, segundo o qual a manifestação do Parque! de segunda instância supre a falta de participação daquele que atua na primeira instância85. Se, por exemplo, não tiver havido participação nem na primeira nem na segunda instância, o tribunal, ao j ulgar a apelação, aplicando o § 4° do art. 515 do CPC, em vez de anular todo o procedimento para que tudo se reproduza, desta feita com a participação do 84. A obediência ao princípio da '·duração razoável" do processo, corno fundamental componente do ·'justo processo", não deve ser controlada em cada caso, devendo, isto sim, ser analisada a legitimidade das disposições normativas, que, cm abstrato, prevêem no processo rormaliclades irracionais ou inúteis (CO

MOGLIO, Luigi Paolo. Etica e tecnica dei "giusto processo". Torino: Giappichelli, 2004, p. 87).

85. Conferir, dentre tantos precedentes, o acórdão unânime da 2• Tunna do STJ, REsp n. 604.264/RN, rei.

Min. Castro Meira,j. 6.12.2005, publicado no DJ de 1 .2.2006, p. 4 8 1 .

1 50

APELAÇÃO

M i nistério Público, pode sobrestar o julgamento, convertendo-o em diligência

para que, intimado o Parquet de segunda instância, possa esse manifestar-se, suprindo a ausência, com o que resta sanado o defeito.

É possível pensar, ainda, no suprimento de um defeito de representação (art. 1 3 do CPC): juntada da procuração ou juntada do estatuto social da pessoa jurídica, p. ex.

Na verdade, os tribunais sempre puderam adotar esse expediente, bastando que aplicassem as regras do sistema de invalidades do CPC. De todo modo, o dispositivo deixa evidente a possibi 1 idade de assim atuar o tribunal, revelando-se uma boa regra de racionalização de julgamento no âmbito recursai.

O dispositivo, embora faça parte do capítulo sobre apelação, aplica-se a qualquer recurso, inclusive ao agravo de instrumento, notadamente no que diz respeito à ausência de alguma cópia que o deva instruir. Segue-se a tradição de nosso direito: emprestar às regras da apelação a abrangência de regras gerais, ressalvada regra especial em sentido contrário, que, no caso, não existe.

CAPÍTULO I H

AGRAVO

Sumário • 1 . O agravo no CPC de 1973 - 2. O agravo retido - 3. Impossibilidade de o recorrente optar pelo agravo retido ou pelo agravo de instrumento. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido por decisão do relator - 4. O agravo de instrumento: 4. 1 . Peças obrigatórias; 4.2. As peças facultativas;

4.3. As peças essenciais ou necessárias; 4.4. Desnecessidade de autenticação; 4.5. Comprovação da interposição do agravo de instrumento (art. 526, parágrafo único, CPC); 4.6. Procedimento do agravo de instrumento; 4.7. Considerações sobre o agravo contra a decisão do relator. Inviabilidade do agravo interno contra a decisão que converte o agravo ele instrumento em agravo retido e, igualmente, contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursai; 4.8. Extinção do processo em julgamento ele agravo de instrumento; 4.9. Agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença; 4.1 O. Agravo de instrumento contra decisão que trata da compensação de créditos da dívida ativa com precatórios (Lei Federal n. 12.4311201 1).

l . O AGRAVO NO CPC DE 1973

O CPC de 1 973, em sua sistemática originária, passou a prever o agravo de instrumento como recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. Na verdade, o recw-so era o de agravo de instrumento, que teria uma outra modalidade: o agravo retido. Ao agravante era conferida a opção de escolha entre interpor o agravo de instrumento e o agravo retido.

O recurso de agravo sofreu grandes modificações com a Lei nº 9. 1 39, de 30

de novembro de 1 995. O recurso, que era denominado de agravo de instrumento, passou a receber a designação genérica de agravo.

A partir daí, passou-se a entender que o recurso era o de agravo. Significa que o recurso é um só: o agravo. Este, contudo, pode ser interposto sob as modalidades de agravo retido, agravo de instrumento ou apenas agravo.

Será apenas ou simplesmente agravo, "quando interposto imediatamente nos mesmos autos em que a decisão recorrida foi proferida, sendo desnecessária a formação do instrumento, por já se encontrarem os autos no tribunal onde deverá ser apreciado o mérito do recurso. É o caso, por exemplo, do chamado agravo

'regimental' ou 'agravinho', interposto contra decisão do relator, que tem seu processamento previsto em regimento interno do tribunal e que prescinde da formação do instrumento, eis que os autos onde é interposto já se encontram no tribunal onde será apreciado pela câmara ou turma julgadora, sem necessidade de deslocamento físico do recurso para outro tribunal"1•

1 .

PINTO, Nelson Luiz. Ma1111al dos recursos cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p . 127-128.

1 53

§

n

FREDIE ÜIDIEI· JR. E LEONARDO Ci1RNEIRO DA CUNHA

O agravo, que, na sistemática originária do CPC de 1 973, era interposto no prazo de 5 (cinco) dias, passou, com o advento da Lei nº 9 . 1 3911 995, a submeter

-se ao prazo de 1 O (dez) dias, tanto o retido como o de instrumento. Quanto ao agravo interno, cabível contra decisões isoladas de relatores nos tribunais, seu prazo continuou a ser de 5 (cinco) dias.

2. O AGRAVO RETIDO

Relativamente ao agravo retido, sabe-se que, uma vez interposto, deverá ficar mantido nos autos, somente devendo ser processado e julgado pelo tribunal, caso não haja retratação imediata do juízo de primeiro grau e desde que a parte o reitere para que o tribunal, quando do eventual julgamento da apelação, dele conheça (CPC, art. 523). Significa que não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou contrarrazões da apelação, sua apreciação pelo tribunal (CPC, art. 523, 1 º).

,

O agravo retido independe de preparo (CPC, art. 522, parágrafo único), estando disciplinado no ait. 523 do CPC.

Interposto o agravo retido, deve ser colhida a resposta do agravado, com a possibilidade de o juiz retratar-se. Não exercida a retratação, o agravo ficará retido nos autos para, havendo reiteração, ser julgado, preliminarmente, na mesma sessão em que for apreciada a apelação.

O art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei nº L l . 1 87/2005, dispõe caber das decisões interlocutórias agravo retido, no prazo de 1 0 (dez) dias. Somente caberá agravo de instrumento, na dicção do referido dispositivo, "quando se tratar de decisão suscetível de causar à paite lesão grave e de dificil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento".

Da decisão interlocutória cabe agravo retido, somente devendo ser interposto o agravo de instrumento, quando a questão envolver risco de lesão grave ou de difici 1

reparação, ou houver previsão legal específica ou o agravo retido revelar-se inadequado. Não há opção do agravante: ou o caso é de agravo retido ou é de agravo de instrumento. Mais adiante há um item dedicado a examinar esse tema. A redação do art. 522 do CPC dá a entender que o agravo retido é a regra e o agravo de inst:rumento, a exceção. Não é bem assim: há, atualmente, regras de cabimento de agravo retido e regras de cabimento de agravo de instrumento. Não se pode dizer que há uma primazia para o primeiro. O certo é que não há mais opção para o agravante.

Embora sem dados, pode-se até intuir que o número de agravos de instrumento, na prática, é bem maior do que o úmero de agravos retidos.



AGRAVO

De observar-se, desde logo, que o caput do art. 522 do CPC, na redação que lhe emprestou a Lei nº 1 1 . 1 87/2005, absorveu a previsão contida no § 4º do art.

523 do mesmo diploma processual, razão pela qual este último restou expressamente revogado.

Mesmo que não seja caso de agravo de instrumento, vindo este a ser interposto, o relator deverá convertê-lo em agravo retido (CPC, art. 527, II).

O agravo retido somente pode ser interposto em processo de conhecimento ou cautelar. O agravo retido é incompatível com a sistemática do processo de execu

ção, de sorte que somente cabe, no processo de execução, agravo de instrumento, não se revelando admissível o agravo retido2• É que, na execução, o pedido da parte é atendido com a satisfação do crédito. A sentença apenas declara a anterior satisfação do crédito, pondo termo ao processo; não há mais nada a ser feito. Enfim, não se compatibiliza com a execução o agravo retido. I nterposto o agravo retido, não há mais como reiterá-lo, pois, sobrevindo sentença, já se satisfez o crédito.

Não é sem razão, aliás, que o recurso especial e o recurso extraordinário retidos não cabem em processo de execução (CPC, art. 542, § 3°).

No processo cautelar, a despeito da urgência que lhe caracteriza, é possível imaginar hipóteses de decisões interlocutórias impugnáveis por agravo retido, como é o caso das decisões sobre a produção da prova.

Interposto o agravo retido, o agravado será intimado para apresentar sua resposta no prazo de 1 O (dez) dias, ou seja, não há diferença entre o prazo para inteq)or o recurso e o destinado à oferta de suas contrarrazões; poderá o juiz exercer a retratação.

O § 3º do art. 523 do CPC, na redação dada pela Lei nº 1 1 . 1 87/2005, impõe a interposição oral do agravo retido das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Como se vê, em se tratando de audiência de instrução e julgamento, das decisões ali proferidas cabe agravo retido oral, devendo as razões recursais constar do próprio tenno de audiência (CPC, art. 457). Da mesma forma que as perguntas que o juiz indeferir devem ser obrigatoriamente transcritas no termo de audiência (CPC, art. 4 1 6, § 2°), as razões do agravo retido devem igualmente constar do referido termo. Embora a lei não mencione, parece que esse regime também é aplicável no caso em que a decisão interlocutória é proferida em audiência preliminar (art. 33 1 do CPC), já que a ratio legis é a mesma: prestigiar a oralidade e a celeridade.

2.

Assim, também, JORGE, Flúvio Chcim. A 110110 reforma processual. 2 cd. São Paulo: Saraiva, 2003, p.

1 77.

.155

OTARIA

FREDIE DIDltR JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Proferida decisão em audiência, o agravo deve ser retido e oral, interposto imediatamente, ou seja, antes de encerrada a audiência. Caso a audiência se

encerre sem que tenha sido interposto o agravo, haverá preclusão. Se, contudo, surgir hipótese de urgência ou de lesão grave ou de difícil reparação, caberá agravo de instrumento, e não agravo retido. É possível que o relator não repute o caso urgente, por não ter a pane demonstrado a ocorrência de lesão grave ou de dificil reparação. esse caso, o relator deverá negar seguimento ao agravo, e não determinar sua conversão em retido, eis que se revelará inadmissível, mercê da preclusão.

Não havendo urgência, o relator não deve determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, cabendo-lhe, isto sim, não o admitir. Segundo Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi, não poderia ser diferente, sob pena de se tornar ineficaz o disposto no § 3° do art. 523 do CPC, " ... pois, certamente, a parte prejudicada, em vez de agravar oral e imediatamente na audiência, deixaria para interpor o agravo de instrumento sob o mamo de uma pretensa lesão, pois, caso não restasse configurada, o relator converteria o agravo de instrumento em agravo retido.

sem qualquer prejuízo ao recorrente, pelo menos nesse particular"'3•

Não é suficiente que a parte peça que se consigne no termo de audiência seu protesto ou inconformismo. Faz-se necessária a transcrição das razões recursais e do pedido de nova decisão, sob pena de não se atender ao requisito da regularidade formal, próprio dos recursos. Realmente, cabe ao agravante discorrer sobre as razões pelas quais se impõe, no seu entender, a reforma ou a anulação da decisão proferida na audiência, devendo demonstrar os supostos errares in procedendo ou in iudicando eventualmente cometidos pelo juiz para, então, requerer a anulação ou a reforma da decisão. Tais razões devem constar do tenno de audiência, sob pena de o agravo retido não ser conhecido pelo tribunal.

A exigência de o agravo retido ser oral põe em relevo o princípio da oralidade, do qual decorrem os princípios da concentração e da imediação (ou imediatidade)4. Desse modo, com a relevância dada ao princípio da oralidade, há a prevalência das manifestações verbais sobre as escritas, sobressaindo a proximidade imediata do juiz com as questões e incidentes sw·gidos no processo, permitindo-se que a colheita das provas, a discussão e o j ulgamento da causa opere-se em audiência única, com o afastamento da possibilidade de recursos serem interpostos diretamente ao tribunal, suspendendo o feito ou estorvando a marcha do processo5.

3.

O Jr., Antonio e BRUSCHI, Gilberto Gomes Agravo conlra as decisões de primeiro grau.

São Paulo: Método, 2006, n. 4.2, p. 68.

4.

GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade: procedimenlo por audiências 110 Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Editora RT, 2003, nn. 4.4 e 4.5, p. 57-66.

5 . CRETELLA NETO, .José. Fundamentos principiológicos do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279; GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade: procedime11to por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, cit., p. 57-66.

1 56

Nesse sentido, interposto o agravo retido oral, devem ser colhidas as contrarrazões ali mesmo, na própria audiência, para que esta se encerre com esse incidente já resolvido, de sorte que o juiz ou se retrata diante do agravo, ou mantém a decisão, cabendo ao recorrente reiterar seu agravo retido, nas razões ou contrarrazões de eventual apelação. Realmente, mercê da exigência de ser oral o agravo retido interposto de decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, não se deve permitir que o agravado apresente suas contrarrazões por escrito, em prazo a ser fixado pelo juiz; deverá fazê-lo oralmente, na própria

audiência, devendo suas contratTazões ser transcritas no termo de audiência. Apresentadas as cont:ranazões, deverá, então, o juiz exercer a retratação ou manter sua decisão.

Com efeito, é cediço somente ser possível dispensar a colheita de contrarrazões, quando o juiz, desde logo, mantiver sua decisão, restando protraída para a fase de apelação a oportunidade de o agravado apresentar sua resposta. Diversa é a possibilidade de o juiz pretender reformar sua decisão, mediante a retratação.

Nesse caso, só poderá haver retratação, caso haja prévia oferta de contrarrazões ou, ao menos, oportunidade para tanto6. Em obediência ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, o j uiz poderá retratar-se, desde que haja prévia resposta do agravado7.

Na hipótese de o agravado não estar presente na audiência, o que deve fazer o juiz? Se resolver manter a decisão, poderá já fazê-lo, independentemente do contraditório prévio. Se houver possibilidade de o juiz retratar-se, surge a seguinte situação: se se trata de questão que normalmente surge em uma audiência (relacionada à colheita da prova, p. ex.), a ausência do agravado implica preclusão da possibilidade de responder ao recurso; se se trata de questão nova, suscitada pelo agravante e rejeitada pelo juiz (ausência de questão de ordem pública, p. ex.), a intimação do agravado, a despeito da sua ausência, se impõe.

Há, atualmente, pois, dois regimes jurídicos para o agravo retido: a) agravo retido interposto contra decisão proferida em audiência: interposição oral e simultânea; b) agravo retido contra decisão não proferida em audiência: interposição por escrito e no prazo de dez dias.

Mas ainda há mais a dizer.

6.

ALVíM, José Eduardo Carreira. Novo agravo. Belo Horizonte: Dei Rey, J 996, p. 75-79; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 169. No mesmo sentido: LISBOA, Celso Anicet. "A nova fisionomia do agravo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n. 87, p. 9-10.

7.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2001, v.

7, p. 2 1 7; TALAMINI, Eduardo. "A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo".

Revista de processo. São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 129-130.

lnterposto agravo retido, deve a parte interessada reiterá-lo nas razões ou contrarrazões de apelação. Na hipótese de ter havido agravo retido, e ser caso de remessa ex officio, cumpre verificar se o agravo retido fora interposto pela Fazenda Pública ou pela parte contrária. Se interposto pela Fazenda Pública, não se faz necessário reiterar o agravo retido, eis que a remessa ex officio abrangerá a questão, podendo o tribunal apreciar tanto a sentença como a decisão que houvera sido impugnada pelo agravo retido8.

Quando o agravo retido houver, contudo, sido interposto pela parte contrária, surge o impasse: como e quando poderá haver reiteração do agravo retido, tal como exige o art. 523 do CPC? No particular, impõe-se perquirir se houve, ou não, apelação da Fazenda Pública. Tendo havido apelação da Fazenda Pública, aplica-se a regra geral contida no art. 523 do CPC, ou seja, o apelado, nas contrarrazões, poderá reiterar seu agravo retido. Não o fazendo, este não será conhecido pelo tribunal.

Surge a dificuldade quando não há apelação da Fazenda Pública, seguindo os autos para o tribunal em razão, apenas, da remessa ex officio. Ora, nesse caso, a parte adversária da Fazenda Pública - que interpôs o agravo retido - não será intimado para oferecer contra1nzõcs, pois não há resposta à remessa ex officio.

Daí ser desnecessária a reiteração do agravo retido, quando for caso de reexame necessário, devendo o tribunal apreciá-lo independentemente da ratificação.9

Em qualquer dessas hipóteses, quando é que se instala o contraditório para o agravo retido?

A primeira solução é a seguinte: uma vez interposto o agravo retido, já deve ser determinada a intimação da parte contrária para apresentar suas contratTazões, estando realizado o contraditório. Mas não é assim que se sucedem as coisas.

A doutrina entende ser possível dispensar a colheita de contrarrazões, quando o juiz, desde logo, mantiver sua decisão, restando protraída para a fase de apelação a oportunidade de o agravado apresentar sua resposta. Diversa é a possibilidade, na opinião da doutrina, de o juiz pretender reformar sua decisão, mediante a retratação. Nesse caso, só poderá haver retratação, caso haja prévia oferta de contrarrazões ou, ao menos, oportunidade para tanto10•

Realmente, "não se perca, porém, de vista, que o juiz só determinará que a outra parte se manifeste, no caso de agravo retido, se se inclinar a retratar-se e não em qualquer caso, necessariamente. Na dúvida, ouve a parte contrária. Seguro de 8.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agral'Os 110 CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 469.

9.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agrMos 110 CPC brasileiro. 3 ccl. São Paulo: RT, 2000, p. 468-469.

1 O. ALVIM, José Eduardo Carreira. Novo agral'o. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996, p. 75-79.

sua decisão, não se retrata e prossegue a audiência"11• Em obediência ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, o juiz poderá retratar-se, desde que haja prévia resposta do agravado.12

Assim, interposto o agravo retido, e desde que se permita ao agravado apresentar sua resposta no prazo de dez dias ou em mesa, oralmente, conforme o caso, poderá o juiz reformar sua decisão. Se resolver mantê-la, poderá dispensar a colheita imediata das contrarrazões, as quais poderão ser apresentadas

posteriormente, na hipótese de reiteração do agravo retido.

Vindo a ser reiterado o agravo retido, abre-se, então, oportunidade de contraditório, caso não tenha havido antes, porque o juiz resolveu manter sua decisão. Se for caso de reexame necessário, já se viu que não haverá necessidade de reiteração.

Nessa hipótese, em que momento se poderá exercer o contraditório?

Não tendo havido, no curso do processo, oportunidade para o contraditório ao agravo retido, surge, então, a necessidade de ser determinada a intimação da Fazenda Pública para oferecer contrarrazões ao agravo retido. Ou o juiz deverá assim proceder, ou o tribunal, ao perceber, deverá converter o julgamento em diligência e determinar a intimação para oferta de contrarrazões.

É possível que swjam, em uma mesma audiência, diversas decisões interlocutórias, todas impugnáveis por agravo retido oral. É preciso, portanto, evitar que a exigência de interposição oral e imediata do agravo retido, em tais casos, sirva como estímulo à chicana processual. O mais aconselhável talvez seja reservar o momento anterior ao encerramento da sessão da audiência para que a parte interponha o agravo retido oral, ocasião em que poderá abordar todas as decisões proferidas ao longo da sessão.

E se, dentre essas diversas decisões interlocutórias, uma for urgente ou causar grave lesão? Deve haver dois agravos: um de instrumento para esta questão urgente e um retido, para as demais? Ou, diante da regra da singularidade, tudo deve ser tratado no agravo de instrumento? Parece mais correto entender que, nesta última h ipótese, todas as decisões devem ser atacadas, conjuntamente, por agravo de instrumento, preservando-se o princípio da singularidade, com o que se evita a interposição simultânea de mais de um agravo contra decisões proferidas na mesma audiência. Além do mais, tendo sido proferidas na mesma audiência, 1 1 . WAMB!ER, Teresa Arruda Alvim. Ob. cil., p. 169. No mesmo sentido: LISBOA, Celso Anice!. "A nova fisionomia do agravo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 997, n. 87, p. 09-1 O.

12. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Co111e11tórios ao Código de Processo Civil, cit., p. 217; TALAM INI.

Eduardo. "A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo", cil., p. 129-130.

há evidente concatenação entre as decisões, devendo, até para evitar decisões conflitantes ou tratamento díspar, tudo ser tratado no mesmo recurso.13

Para encerrar este item, cwnpre investigar se é possível a interposição de agravo retido por terceiro prej udicado.

Teresa Wambier traz dois argumentos contra a admissibilidade do agravo retido interposto por terceiro: a) impossibilidade de previsão com certeza que o terceiro possa, ao depois, apelar, para reiterar o pedido; b) a função principal do agravo, quando interposto sob o regime da retenção, é o de evitar a preclusão, fenômeno endoprocessual, que não afetaria terceiros. A própria autora, no entanto, aponta que a preclusão temporal afeta o terceiro, pois este dispõe do mesmo prazo da parte para recorrer. 14

Adota-se outro posicionamento.

Ao valer-se de um recurso retido, sabe o recorrente (terceiro ou não), de antemão, que: a) a sua irresignação não será processada imediatamente; b) evitará a perda da faculdade processual de impugnar; c) para dar ensejo ao juízo de mérito do recurso, há que se o confirmar nas razões ou na resposta da apelação. Pode ser que o recorrente não perca a causa e que, portanto, o processamento daquele recurso não mais se j ustifique; pode ser que não ganhe, mas perca o interesse de ver devolvida aquela questão à instância superior; enfim, é plenamente possível e aceitável que haja uma futura perda do interesse para a confirmação do agravo retido e, nem por isso, se o elimina corno instituto, antes se o incentiva, como se pode constatar das últimas reformas processuais que impuseram a obrigatoriedade do regime retido para o agravo (aii. 522 do CPC) e para os recursos extraordinário e especial (art. 542, § 3º, CPC).

13. Nesse sentido, assim decidiu o STJ: º"PROCESSO CIV[L. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO D E PRÉ

-EXECUTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO PARA ATACAR DUAS DECISÕES

DISTINTAS. POSSIBILIDADE.

1 . A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 2 1 1/STJ.

2. O princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribílidade consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um único recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

3. O recorrente utilizou-se do recurso correio (respeito à forma) para impugnar as decisões interlocutórias, qual seja o agravo de instrumento.

4. O princípio da unirrecorribilidade não veda a interposição de wn único recurso para impugnar mais de uma decisão. E não há, na legislação processual, qualquer impedimento a essa prática, não obstante seja incomum.

5. Recurso especial provido." (REsp 1 1 1 2599rrO, Rei. Ministra NANCY ANDRJGHI, TERCEIRA TUR

MA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

14. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos 110 CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 330-3 3 1 .

Nesse sentido, também, NERY JR., Nelson. Princípiosfimdamentais - Teoria geral dos recursos. S ed.

Siío Paulo: RT, 2000, p. 284.

AGRAVO

Não se pode pré-excluir a possibilidade de recurso retido por terceiro. O

interesse recursai avalia-se in concreto, e não abstratamente. É possível que o terceiro tenha o interesse de recorrer de uma decisão interlocutória que não cause prejuízo imediato à parte, e que portanto somente por agravo retido poderia ser impugnada. E a questão ganha ainda mais importância prática com a leitura do inciso II do art. 527 do CPC, que prevê a possibilidade de o relator do agravo de instrumento convertê-lo em agravo retido, uma vez não tendo verificado a

urgência na apreciação do pedido recursai. Como ficará a situação do terceiro que, se tendo valido do agravo de instrumento, o vir convet1ido, pelo relator, em agravo retido? Perderia, ipso jàcto, o interesse recursai? Obviamente que não. Se a decisão interlocutória não puder causar prejuízo imediato, o recurso cabível será o agravo retido, e não se pode negar a possibilidade de seu manejo ao terceiro15•

3. I MPOSSIBILIDADE DE O RECORRENTE OPTAR PELO A GRAVO RETIDO OU PELO AGRAVO DE INSTRUMENTO. A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AG RAVO RETIDO POR DECISÃO DO RELATOR

Costumava-se dizer, antes das Leis n. 1 0.352/2001 e n. 1 1 . 1 87/2005, que caberia ao agravante optar, conforme o caso, pelo agravo retido ou pelo agravo de instrumento. Uma ou outra situação não permitia essa opção, normalmente em razão de manifesta falta de interesse recursai (p. ex., interpor agravo retido contra decisão que nega liminarmente alimentos provisionais). Valia, porém, a regra de que a escolha cabia ao recorrente. 16

Parece que, atualmente, isso não é possível. A principal modificação que a última reforma processual operou no regime do agravo foi o banimento da possibilidade de escolha do agravante. Não se vislumbra qualquer hipótese em que se permita ao recorrente valer-se de ambas as modalidades de agravo: ou é caso de agravo retido ou será de instrumento.

Uma observação é importante. A Lei n. l l . 1 87/2005 nada mudou no particular.

O caput do art. 522 do CPC, na redação que lhe emprestou a Lei nº l 1 . 1 87/2005, absorveu a previsão contida no § 4° do art. 523 do mesmo diploma processual, razão pela qual este último restou expressamente revogado. Não houve qualquer inovação em relação ao sistema anterior estabelecido pela Lei n. 10.352/200 l : a l iberdade de escolha já havia sido eliminada pelas disposições contidas no Código de Processo Civil, desde o advento das mudanças levadas a cabo por essa lei. A diretriz traçada 15. Leonardo Carneiro da Cunha, um dos autores deste livro, segue o posicionamento da Profa. Teresa Wambier, nesse particular.

16. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery apontavam, antes ela edição da Lei n. 1 0.352/2001, que a opção pelo regime cabia ao recorrente, embora houvesse situações cm que não haveria escolha (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigo1: 6 ecl. São Paulo: RT, 2002, p. 873.).

1 6 1

pela Lei n. 1 0.352/2001 já indicava que "o recurso dominante no sistema

recursai das decisões interlocurórias passa a ser o agravo retido, ficando o agravo de instrnmento restrito às situações onde se demonstre a urgência ou a possibilidade de lesão grave ou de dilicil reparação".'7

Três são os critérios básicos para a verificação de qual será o agravo cabível contra as decisões interlocutórias em primeira instância: a) verificar a existência de urgência; b) verificar as situações em que a lei, a despeito da existência ou não de urgência, determina que o recurso será o agravo de instrumento; c) verificar a compatibilidade do agravo retido com a situação em concreto.

a) Agravo de instrumento em situação de urgência

Primeiramente, a combinação dos arts. 522 e 527, 11, CPC, revela que, se a decisão agravada puder produzir um dano ao recorrente (ou seja, a eficácia imediata da decisão for perigosa, pois pode causar um dano à parte), somente será cabível o agravo de instrumento. Se não houver risco de lesão a direito ou prejuízo irreparável, o agravo será retido.

Se se interpuser agravo de instrumento em situação que não é de urgência, o relator converterá o agravo de i nstrumento em agravo retido, mandando que sigam os autos do agravo de instrumento ao juízo a quo, para que sejam apensados aos autos principais. Em vez de determinar o não-conhecimento do recurso, o legislador cria regra de aproveitamento do ato processual indevidamente praticado, em nítida aplicação do princípio da inslrumentalidade das formas.

O preparo eventualmente feito não será devolvido (perceba que o agravo retido dispensa o preparo, conforme visto).

Para reforçar a regra segundo a qual as interlocutórias devem ser atacadas por agravo retido, somente cabendo o agravo de instrnmento nas hipóteses já indicadas, o inciso 11 do art. 527 do CPC teve sua redação alterada pela Lei n.º 1 1 . 1 87 /2005, suprimindo-se o verbo "poderá converter . . . " e substituindo-o pela forma imperativa

"converterá ... ", na expectativa de que o dispositivo venha a ser realmente aplicado pelos tribunais e os relatores passem a, de fato, determinar a conversão do agravo de instrnmento em agravo retido, ·'salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é

recebida . . . " A modificação do tempo verbal talvez tenha uma força psicológica, destinando-se a "convencer" os relatores a efetivamente aplicar a regra, a fim de determinar a conversão do agravo de instrnmento em agravo retido. Não se pode entender que, na redação anterior, ao relator se conferia uma/acuidade para converter o agravo de instrumento em agravo retido, vindo a regra, agora, com a "alteração", a encerrar conteúdo cogente, 17. CAVALCANTE, Mantovanni Colares . .. A atual dimensão do agravo retido e as consequências no agravo de instrumento". Revista Dia/é1ica de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 5, p. 88-89.

obrigatório, imperativo: de um lado, o relator não poderia extinguir o procedimento recursai, pelo não cabimento, devendo aproveitar o ato e converter o recurso em agravo retido; de outro, presentes os pressupostos, não poderia o relator deixar de converter, processando agravo de instrumento em hipótese não permitida. Logo, cabe ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, quando não for caso de agravo de instrumento18.

É por isso que não se considera relevante a menção, feita no §3º do art. 523, à

obrigatoriedade de agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e j ulgamento. Isso porque, havendo urgência, caberá agravo de instrumento, pouco importa o momento em que a decisão foi tomada. Não há interesse recursai na interposição de agravo retido em situações de urgência.19 O critério não é cronológico, é circunstancial: está relacionado com a aptidão da decisão interlocutória para gerar danos.20

A "lesão grave ou de difícil reparação" constitui um conceito vago ou indeterminado, devendo ser definido pelas peculiaridades do caso concreto. A referência a lesão grave ou de d(ficil reparação conduz à ideia de urgência, de sorte que as decisões que concedam ou neguem pedido de Liminar ou tutela antecipada encartam-se perfeitamente na hipótese legal.

18. "A explicação que se há ele dar, pois, à expressão 'poderá', constante dos textos ela lei (arts. 527, li, e 558), é a ele que esta liberdade aparenle que a lei confere ao juiz, no sentido ele conceder ou não o efeito suspensivo, consiste em que, obviamente, a pane se111pre requer e se111pre requererá esse efeilo, ao passo que o

'poder' ou 'não poclc1" concedê-lo eleve ser ent.enclido como tendo no juiz o seu destinatário, no sentido ele dever conceder em fiice cio risco ele dano e de mio devei: no caso de seu risco nilo existir." (WAMBIER, Teresa Arruela Alvim. "Efeito suspensivo do agravo e rccorribilidade da decis1io que o concede (ou não o concede) e outros assuntos". Aspec1os polêmicos e aluais dos recursos. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Ncry Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (eoords.). São Paulo: RT, 2000, p. 625-626.

19. Assim, antes da Lei n. 10.352/2001, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria, Código de Processo Civil Co111e11tado. 6 ecl. São Paulo: RT, 2002, p. 877. Percebeu a circunstância Flávio Cheim Jorge, para quem caberá agravo de instrumento quando for o caso de falta de interesse recursai no agravo retido (A nova reforma processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1 76).

20. Preciso Flávio Cheim .Jorge: "Nesse ponto, o legislador modificou sobremaneira o requisito de admissibilidade do agravo de instrumento relacionado com o interesse em recorrer. A partir de agora, para que o agravante lenha interesse na interposição do agravo de instrumento, deverá demonstrar também que não poderá sofrer os efeitos da decisão agravada até o seu pronunciamento final pelo .Judiciário. Isto é, deverá demonstrar que precisa ele

uma pronta prestação da tutela jurisdicional, de modo que, caso a decisão agravada não seja revertida no agravo de instrumento, não haverá mais interesse, de sua parte, na revisão posterior. Essa falta de interesse na revisão posterior e oriunda, como regra, da própria consumação dos efeitos prejudiciais da decisão que impede que o recorrente aguarde o resultado final da causa. Imaginemos, por exemplo, uma liminar concedida numa ação possessória, de força nova. Para que o réu tenha interesse em recorrer por meio do agravo de instrumento, deverá demonstrar que não poderá aguardar até o julgamento final da causa sem que a decisão interlocutória seja revista. Assim, ou se cassa a liminar em sede de agravo, ou perpetrada estará a consumação do dano, não dispondo a parte de outro meio para a proteção de seu direito. A urgência, portanto, passa a ser um critério fundamen tal, e quase sempre imprescindivcl, para a admissibilidade do agravo de instrumento". (.JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2

ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1 74-175).

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNllA

Uma situação curiosa surge da aplicação desse novo regramento.

Sabe-se que ao agravo de instrumento poderá ser atTibuído efeito suspensivo (a1i. 558 do CPC), exatamente quando houver risco de lesão grave e de dificil reparação. Se o relator não vislmnbrar presente essa circunstância, estará dizendo, ipso facto, que não é caso de agravo de instrumento, salvo se se entender que existe o "perigão" (apto a detenninar o efeito suspensivo) e o "periguinho" (elemento do tipo para o simples cabimento do agravo de

instrumento). Negar o efeito suspensivo (em razão da falta de perigo) e não converter o agravo de instrumento em agravo retido é postura, a princípio, contraditória, salvo se o relator, de logo, por questão de economia processual, negar provimento ao recurso, se perceber que é manifestamente improcedente (art. 557, caput, do CPC). Se o recurso é manifestamente inviável, mesmo não havendo urgência, o relator deve julgá-lo e não conve1iê-Lo em retido.

Mas é possível negar efeito suspensivo ao agravo de instrumento pela falta de fundamento relevante (art. 558, caput, CPC), embora existente o perigo. Aí, está-se diante de uma situação também curiosa: cabe o agravo de instrumento, que não terá efeito suspensivo, mas cuja possibilidade de sucesso é mínima; se liminarmente o relator já não vislumbrou relevância na argumentação, dificilmente o faria em sede de julgamento definitivo, após a ouvida do agravado e as informações do juiz a quo. Talvez seja o caso de defender-se, aqui, a aplicação do caput do art.

557 do CPC, para que se pennita ao relator negar provimento liminarmente ao agravo de instrumento, em razão da manifesta improcedência.

Talvez haja quem defenda que o magistrado, embora inicialmente não tenha visto relevância na fündamentação do agravante, possa modificar o seu pensamento com a resposta do agravado (que se tenha mostrado frágil, p. ex.). De acordo com a experiência, na prática isso raramente acontece. Mais uma vez, está-se diante de problema para cuja solução seria muito bem-vindo um levantamento estatístico, que demonstrasse, por exemplo, quantos agravos de instrnmento são providos, quando tenha sido negado o pedido de efeito suspensivo. Seria dado relevante para que se pudesse esclarecer qual a melhor interpretação que se deve dar ao novo regime de cabimento do agravo de instrumento.

Cabe, ainda, ponderar sobre outra situação: o agravante pretende a concessão de provimento de urgência que lhe fora negado em primeira instância. Formula, para tanto, pedido de antecipação da tutela recursa! (art. 527, III, CPC). Note-se que a urgência compõe a causa de pedir do pleito antecipatório que se pretende ver concedido em segunda instância; a urgência comporá, por consequência, o mérito do recurso. A falta de urgência, aqui, não implicaria a conversão do agravo de instrumento em agravo retido: o agravo de instrumento é, de fato, o recurso 164



cabível nesse caso; nessa situação, para fins de juízo de admissibilidade, a verificação da urgência se faz in statu assertionis.

O que deve o relator fazer, então? Se o agravante não logrou demonstrar a w·gência, o relator poderá, de logo, negar provimento ao recurso, pois o recorrente não tem direito ao pleito antecipatório, já que lhe falta um dos seus requisitos para a concessão.

Essas observações levam à conclusão de que a urgência de que trata o inciso II do art. 527: a) ou compõe a própria causa de pedir do pleito que foi negado ao recorrente em primeira instância, quando o agravo de instrumento será o recurso cabível, necessariamente; b) ou a urgência é questão que "aparece" em grau de recw·so, trazida pelo recorrente para justificar o cabimento do agravo de instrumento - que dá ensejo à impugnação imediata da decisão - e a atribuição de efeito suspensivo a esse recurso; nessa última hipótese, deverá o reco1Tente, se quiser ver processado o seu agravo, alegar e demonstrar a existência da situação perigosa, sob pena de incidência imediata do disposto no inciso I I do art. 527 do CPC (a simples alegação de mgência não será suficiente para que se admita o processamento do agravo de instrumento - o relator pode não concordar com o agravante, embora seja necessária para o seu conhecimento: sem ela, o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, sem maiores considerações).

Firmadas essas premissas, é possível continuar.

Decisões interlocutórias relacionadas aos pressupostos processuais e à prova são bons exemplos de decisões que, a princípio, somente poderão ser impugnadas via agravo retido. Não se vislumbra, nesses casos, ao menos a princípio, qualquer possibilidade de dano imediato ao agravante, a justificar a interposição do agravo de instrumento - que caberá, tranquilamente, se no caso concreto houver risco de lesão21•

Há outras situações polêmicas.

José Carlos Barbosa Moreira, ao cuidar da interposição retida dos recursos extraordinários, afirma que ela deve ser evitada, nos casos em que vier a redundar em desperdício de atividade processual. "Assim, por exemplo, suscitando dúvidas sobre a competência, o melhor é resolver desde logo a questão, para evitar a eventual invalidação dos atos praticados por órgão que depois venha a ser declarado absolutamente incompetente"22. A lição aplica-se ao agravo retido: 2 1 . Por exemplo: uma determinada testemunha, que deve ser ouvida, está para morrer; situações que justifiquem a antecipação da produção da prova, em razão do risco de ela não poder mais ser produzida, como na hipótese da pericia ambiental.

22. Comenlários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. S, p. 602.

proferida decisão sobre a competência do juízo, deverá ser interposto agravo de instrumento, e não agravo retido, muito embora não haja uma urgência em sentido estrito, nem se possa, rigorosamente, definir essa situação como caracterizadora de uma lesão grave ou de difícil reparação. Caso a questão seja atacada por agravo retido e vindo este a ser posteriormente provido, haverá um mal maior: serão anulados todos os atos decisórios, remetendo-se os autos ao

juízo competente.

Do mesmo modo, denegado, por exemplo, pedido de denunciação da lide, não exsurge, em princípio, urna situação de grave lesão ou de difícil reparação, devendo a decisão ser combatida por agravo retido. É, porém, firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo cabível a intervenção de terceiro, não se deve anular todo o processo no qual já haja sentença proferida, eis que atentaria contra a economia processual. Logo, o agravo retido estaria, certamente, fadado ao insucesso, não garantindo qualquer utilidade à parte agravante. Nesse caso, embora não haja urgência, não sendo a insatisfação da parte submetida desde logo ao conhecimento do h·ibunal, será mantida a falta de intervenção do terceiro, não lhe conferindo qualquer utilidade o agravo retido.

b) Agravo de instrumento por expressa determinação legal.

Há hipóteses, contudo, em que essa regra geral de cabimento não se aplica.

A lei se antecipa e impõe o agravo de instrumento, independentemente de haver ou não urgência. Nessas hipóteses, não se aplica o que se disse sobre a conversão do agravo de instrumento em agravo retido e a situação curiosa de o relator não poder negar efeito suspensivo sem promover a conversão. Aqui, a análise do cabimento é bem mais simples.

O caput do art. 522 do CPC prevê duas possibilidades: a) decisão que recebe a apelação em efeitos diversos; b) decisão que não recebe a apelação. São as duas situações reguladas no caput do art. 522 do CPC, em que se veda, expressamente, o cabimento do agravo retido - e, assim, a contrario sensu, impõe- se o regime do agravo de instrumento. Tais ressalvas, ainda que não previstas, deveriam ser consideradas implícitas, pois revelam a existência ele casos incompatíveis com o agravo retido,23 retirando-lhe a necessária utilidade, no que resta afastado o interesse recursai.

Também cabe agravo de instrumento contra a decisão que julgar a liquidação de sentença (art. 475-H, CPC). É importante notar que o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não o agravo retido, a despeito da redação do arl. 522 do CPC.

Trata-se de situação especial, em que a lei detem1ina expressamente o cabimento

23. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Recursos cíveis: algumas notas após a Lei nº 10.352/200 l ". Revista Dialética de Direito Processual. Slo Paulo: Dialética.

2004, n. 15, p. 68.

166

AGRAVO

do agravo de instrumento, sendo irrelevante investigar se há ou não a situação de urgência a que se refere o caput do art. 522 do CPC. Nesse caso, a situação é interessante, pois se trata de agravo de instrumento interposto contra sentença, e não contra decisão interlocutória. Sendo uma sentença, aplica-se o disposto no

art. 463 do CPC, de sorte que o juiz não pode rever sua própria decisão. Quer isto dizer que o art. 475-H do CPC criou a possibilidade de um agravo de instrumento sem retratação. O juiz não pode se retratar no agravo de instrumento interposto contra a sentença que julga a liquidação, em virtude do disposto no art. 463 do CPC. Ademais, do acórdão que julga esse agravo de instrumento cabem recursos especial e extraordinário, que não devem ficar retidos, eis que tais recursos excepcionais não impugnam decisão interlocutória (CPC, art. 542, § 3°), atacando, isto sim, um acórdão com conteúdo de sentença.24

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/ 1 992) também traz exemplo neste sentido: o arl. 1 7, § 1 O, impõe o agravo de instrumento como recurso cabível contra a decisão que admitiu a petição inicial dessa demanda coletiva.

c) Incompatibilidade do agravo retido.

Para tenninar o painel sobre o regime de cabimento do agravo, cumpre advertir que há casos em que, a despeito da inexistência de urgência, somente caberá agravo de instrumento em razão da incompatibilidade do regime do agravo retido com a situação concreta. Seguem alguns exemplos.

Só cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em processo de execução, pois o agravo retido, conforme apontado, não cabe, por incompatível, nesse tipo de processo.

H á questões incidentes que são absolutamente independentes/estranhas ao objeto do processo; a solução judicial que se lhes dê em nada afetará a futura decisão sobre o objeto do processo (quer diga respeito à admissibilidade, quer se refira ao próprio exame do mérito), pois não têm qualquer vínculo com a questão principal. Essa solução, embora se opere via decisão interlocutória, será definitiva, independendo de confirmação posterior. O regime de retenção do agravo justifica-se no fato de que o agravante, com a prolação da decisão sobre o objeto litigioso (a sentença), possa vir a perder o interesse no prosseguimento do recurso j á interposto. Se a questão decidida por decisão interlocutória é autônoma em relação à sentença, não lhe afetando nem sendo por ela afetada, não há razão para impor o agravo retido, que seria, no caso, incompatível.

24. Sobre o assunto, conferir, com mais detalhes, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Recursos na liquidação de sentença". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e ass1111tos afins. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2007, v. 1 1 .

1 67

fREDIE Ü!DlER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Alguns exemplos: a) exclusão de litisconsorte, independentemente de condenação em verba honorária; b) indeferimento parcial da petição inicial; c) aplicação da multa do parágrafo único do art. 1 4 do CPC a um terceiro; d) resolução parcial do mérito da causa (art. 273, §6°, CPC); e) decisão que fixa os

honorários periciais (art. 33, CPC, e art. 1 0, Lei n. 9.289/96); f) decisão de substituição do perito por negligência (art. 424, 11, CPC), em que se podem aplicar as sanções previstas no parágrafo único do art. 424; g) decisão que condena a testemunha a responder pelas despesas do adiamento da audiência (art. 4 1 2, CPC); h) decisão que resolve o incidente de impugnação do perito (art. 423, CPC); i) prestação de contas do administrador judicial (art. 9 1 9, CPC); j) decisão que punir o advogado com base no art. 1 96 do CPC etc.

Em todas essas situações, incabível o agravo retido por inadequação; impõe

-se, assim, como recurso cabível, o agravo de instrumento.

Conclui-se: não há mais opção entre agravo de instrumento e agravo retido, ou cabe um, ou cabe o outro.

4. O AGRAVO DE INSTRU MENTO

Já se viu que, proferida uma decisão interlocutória por juiz de primeira instância, cabe agravo retido. Somente caberá agravo de instrumento, "quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de dificil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida". O agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de dez dias.

A exigência de preparo dependerá da lei local específica que cuida do assunto.

Nesses casos, será cabível agravo de instrumento, que é interposto diretamente no tribunal, com um instrumento (CPC, arts. 524 e 525), ou seja, instruído com cópias de peças do processo em curso na primeira instância, para que os desembargadores possam compreender a conh·ovérsia submetida ao seu crivo.

4.1. Peças obrigatórias

De acordo com o art. 525, 1, CPC, a petição do agravo de instrumento será instruída, obrigatoriamente, com cópias: a) da decisão agravada; b) da certidão da respectiva intimação e e) das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

É indiferente a ordem das peças obrigatórias, podendo formar o instrumento em sequência desordenada. O imp01tante é que todas as peças constem do

instrumento do agravo, permitindo a exata compreensão da controvérsia. Nesse sentido, ao enfrentar Recurso Especial nº 1 . 1 84.975/ES, rei. Mio. Nancy Andrighi, a 3ª

AGRAVO

Tu1ma do STJ asseverou que "A ordem das peças que instruem o agravo não é determinante para o seu conhecimento. A sequência de j untada dos documentos

é realizada a partir de um juízo absolutamente subjetivo, que irá variar não apenas conforme o trâmite de cada processo e da maneira como as razões recw-sais forem redigidas, mas principalmente conforme a percepção individual de cada advogado, que poderá ou não coincidir com a percepção do Relator e demais j ulgadores que venham a analisar o processo."

A cópia da decisão agravada é obrigatória para viabilizar ao tribunal o acesso ao teor do ato judicial combatido pelo recurso. Com efeito, sem essa cópia o tribunal não tem como analisar a conclusão a que chegou o juiz para, então, verificar se houve algum equívoco no entendimento por ele manifestado. Daí ser obrigatória a juntada de cópia da decisão agravada.

Já a certidão da respectiva intimação tem por finalidade permitir a aferição da tempestividade do agravo de instrumento. De fato, cotejando-se a data da intimação (comprovada pela ce1tidão) com a data em que protocolado o agravo, possibilita-se a verificação de sua tempestividade. E, segundo dispõe o art. 1 4 1 , V, do CPC, as certidões de quaisquer atos ou incidentes processuais devem ser dadas pelo escrivão do cartório judicial.

Quando o agravo de instrumento for interposto contra decisão que concede, liminarmente, uma tutela antecipada ou algum outro provimento de urgência, a intimação não é feita ao advogado, pois o réu ainda não está no processo, não havendo, ainda, advogado constituído nos autos. Nesse caso, a parte, além de citada, é intimada para cumprimento da decisão. Se a intimação for feita por carta, com Aviso de Recebimento - AR, o prazo para interposição do agravo de instrumento tem início a partir da juntada aos autos do AR devidamente assinado.2s Realizada a intimação por oficial de justiça, o prazo para a interposição do recurso terá início com a juntada aos autos do respectivo mandado curnprido.26 Em casos da espécie, a certidão a que se refere o inciso T do arl. 525 do CPC pode ser substituída pela cópia do mandado cumprido e juntado aos autos.27 Se, todavia, o advogado, antes da juntada aos autos do mandado cumprido, retirou os autos, é dessa retirada que tem início o prazo, justamente porque haverá ciência inequívoca.28

25. "AGRAVO D E INSTRUMENTO. Intimação. AR. - Deferida a tutela antecipada, com citação e intimação da demandada pelo correio, a prova dessa intimação para efeito da interposição de agravo de instrumento (art. 525, l, CPC) pode ser feita com a cópia do oficio judicial, do AR e da certidão de sua juntada, correndo desse último ato o prazo para o recurso (art. 241 , 1, CPC). -Recurso

conhecido e provido." (STJ, 4" T., REsp n. 1 83.082/SP, rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar,j. em 05. 1 1 . 1 998, publicado no DJ de 01 .02.1 999, p. 212).

26. Nesse sentido: STJ, Corte Especial, EREsp n. 601 682/RJ, rei. Min. José Delgado, j. em 2.2.2005, publicado no DJ de 1 5.8.2005, p. 209; STJ, 63 T., AgRg no Ag n. 788.800/MG, rei. Min. Paulo Gallotti, j. em 1 1 .03.2008, publicado no DJe de 22.4.2008.

27. STJ, 6"T., REsp 334.839/AM, rei. Min. Vicente Leal,j. em 9.10.2001, publicado no DJ de 2910.2001, p. 283

28. "J>ROCESSUALCIVJL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. lMPROBIDADEADMINISTRA

TIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE UMJNAR. INAUDITAALTERA PARS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 522 DO CPC. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. TERMO INICIAL.

A ausência da certidão acarreta a inadmissibilidade do agravo de instrumento29•

A jurisprudência é bem rigorosa no particular: não se pennite substituir a certidão por informativo judicial que contenha recorte do Diário Oficial sem a indicação da data da publicação aposta por impressão do próprio periódico oficial3°.

Por sua vez, as cópias das procurações outorgadas aos advogados do agravante e

do agravado servem para constatar a regularidade de suas representações judiciais. Nesse sentido, há alguns julgados que, a par da procuração, exigem, sendo a parte pessoa jurídica, cópia do respectivo contrato social para que reste comprovado se a pessoa que outorgou a procuração efetivamente dispõe de poderes para tanto. O Superior Tribunal de Justiça, reformando esses julgados, consolidou o entendimento segundo o qual não se deve exigir, como peça obrigatória do agravo de instrumento, a cópia do conb·ato social, eis que se trata de documento não relacionado no aludido art. 525 do CPC, sendo ilegal tal exigência31.

Admite-se, porém, em certas circunstâncias, a dispensa da j untada de algumas peças obrigatórias.

Cumpre assinalar, desde logo, que a cópia da decisão agravada é a única peça que não pode ser dispensada, eis que, sem ela, não se possibilita o acesso pelo COMPARECIMENTO ESPO TÀNEO AOS AUTOS. 1. O termo a quo do prazo para interposição de agravo de instrumento, instituído pelo art. 522 do CPC, contra liminar concedida i11a11dita altera pars.

começa a Huir da data da juntada aos autos do mandado de citação, exceto na hipótese de comparecimento espontâneo aos autos ou retirada dos mesmos de cartório, pelo advogado da parte, formas de inequívoca ci

ência do conteúdo da decisão agravada, fluindo a partir daí o prazo para a interposição do recurso. 2. /n casu, consoante se infere da decisão de ll. 208, a parte, ora recorrente, teve ciência inequívoca do deferimento da liminar de indisponibilidade de seus bens, em sede de Medida Cautelar Inominada nº 735/02, em 1 7 .06.2003

(terça feira), cujo prazo recursai iniciou-se no primeiro dia útil seguinte, qual seja, dia 1 8.06.2003 (quarta feira), encerrando-se em 27 .06.2003, e a petição de interposição do recurso de agravo de instrumento foi protocolizada em 27.06.2003 (íl. 02), dentro do dccêndio previsto no art. 522 do CPC, o que revela a tempestividade do recurso agravo de instrumenlo. 3. Nada obslante, e apenas obiter dictwn, há de se considerar a ausência de cognição exauricnte acerca do 111erit11111 causae (indisponibilidade de bens à luz do art. 7°, parágrafo único da Lei 8429/92) apta a ensejar a abertura da via especial, especialmente porque o tribunal local cingiu-se ao reconhecimento da intempeslividade do agravo de instrumento, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado. 4.

Recurso especial provido para afastar a intempestividade do agravo de instrumento, delerminando o retomo dos aulos ao Tribunal local para a análise de mérito do mencionado recurso." (STJ, 1• T., REsp n. 853.83 1/SP, rei. Min. Luiz Fux,j. em 1 5.5.2008, publicado no D.te de 4/8/2008).

29. Acórdão unânime da Iª Turma do STJ, AGA n. 418.383/RJ, rei. Min. Humberto Go111cs de Barros, j.

26.03.2002, DJ de 06.05.2002, p. 261 .

30. Acórdão unânime da 4• Turma do STJ. REsp n. 334.780/SP, rei. Min. Barros Monteiro,j. 1 2.03.2002. DJ

de 02.09.2002. p. 194.

3 1 . Acórdão unâni111e da 6ª Turma do STJ, REsp 2 1 3.567/RJ, rei. Min. Vicente Leal, j. 22.05.2001 , D.! de 1 1.06.200 1 , p. 262; acórdão umlnimc da 4" Tunna do STJ, REsp n. 197.996/RJ, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20. 1 1 .2001, DJ de 04.03.2002, p. 258; acórdão unânime da 2" Turma do STJ, REsp n. 205.147/

SP, rei. lin. Laurita Vaz,j. 1 8.04.2002. DJ de 20/05/2002. p. 1 18; acórdão unânime da 3' Turma do STJ, Resp n. 407.926/RJ, rei. Min. Carlo5 Alberto Menezes Direito, j. 05.09.2002, DJ de 25. 1 1 .2002, p. 23 1 .

tribunal ao teor do ato judicial combatido. Logo, a cópia da decisão agravada há sempre de instruir o agravo de instrumento.

Quanto à certidão de intimação, poderá ser dispensada, deixando de instruir o agravo de instrumento, quando, por exemplo, a decisão agravada tiver sido proferida em audiência. Nesse caso, é curial que as partes tenham sido intimadas na mesma ocasião, sendo desnecessária a emissão de certidão que comprove tal fato. De observar-se, inclusive, ser comum que da própria ata de audiência

constem as assinaturas de todas as partes e de seus respectivos advogados. Logo, sendo a decisão proferida em audiência, o agravo de i nstrumento não precisa ser instn1ído com certidão de intimação, eis que a ata da audiência já contém a serventia de uma certidão.

A certidão de intimação eleve, igualmente, ser dispensada, quando houver entre a decisão e o agravo de instrumento prazo inferior a dez dias (ou inferior a 20 dias nas hipóteses dos arts. 1 88 e 1 9 1 do CPC e do art. 5°, § 5° da Lei nº 1 .060/50). A certidão de intimação, já se viu, destina-se ao controle do prazo, servindo para aferir a tempestividade do recurso. Não haveria data anterior à da própria decisão agravada para que fosse efetivada a intimação da parte agravante. Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência consideram que, havendo entre a decisão e o agravo de instrumento prazo inferior a dez dias - computado em dobro nos casos dos arts. 1 8 8 e 1 9 1 do CPC e no do art. 5°, § 5° da Lei nº 1 .060/50 - não se exigirá a certidão. lsso porque a finalidade da certidão é comprovar a tempestividade do prazo. Ora, se a tempestividade é evidente, mesmo sem a certidão, a finalidade está atendida, sendo dispensável o cumprimento da formalidade capitulada na lei processual. Atende-se, desse modo, ao princípio da instrumenta/idade das formas, insculpido nos arts. 1 54 e 244 do CPC32•

De tal entendimento não diverge a orientação pretoriana, sendo, aliás, já pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito33. A certidão de intimação pode ser dispensada, quando por outro meio se permitir verificar a 32. SANTOS, Emane Fidélis cios. Novíssimos pe1:fis do processo civil brasileiro. Belo 1-lorizonte: Dei Rey, 1 999, p. 1 84. No mesmo sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos civeis e à açcio rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 200 1 , p. 255; NOGUElRA, Antônio de Pádua Ferraz Nogueira. Questões con1rover1idas de processo civil e de direi/o malerial. São Paulo: RT, 200 1 , p. 42; conclusão n. 2 do Centm de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "É dispensável a certidão da intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividadc do recurso".

33. Acórdão unânime da 3º Turma do STJ, REsp 205.846/ES, rei. Min. Waldemar Zveiter, j. 1 8. 1 1 . 1 999, DJ

de 27.03.2000, p. 96; RSTJ 1 30/288; RT779!195; acórdão um1nime ela 4ª Turma do STJ, REsp 278.3891

SP, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.1 1 .2000, D.I de 1 1 . 12.2000, p. 2 1 3; Acórdão unânime da 4ª. Turma do STJ, REsp n. 257.294/SP, rei. Min. Barros Monteiro,j. 1 5.08.2000, D./ de 02.1 0.2000, p.

1 75; acórdão unânime da 4'. Turma do STJ, R.Esp 268.014/SP, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.

05.1 0.2000, D./ ele 20.1 1 .2000, p. 303.

1 7 1

tempestividade do agravo de instrumento. Assim, se de qualquer outro elemento que seja acostado ao agravo restar evidenciada a tempestividade do recurso, será dispensada a certidão de intimação34.

À evidência, por outro meio- que não seja a certidão de intimação - é possível aferir a tempestividade do agravo de instrumento. Desse modo, permite-se comprovar a obediência ao prazo, aa interposição do agravo, quando, por exemplo, juntada a cópia da página do Diário Oficial em que publicada a decisão agravada. Caberá ao agravado a demonstração de que o agravante interpôs o recurso internpesti vamente.

As cópias das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado podem, em algumas hipóteses, ser também dispensadas. Tome-se como exemplo a interposição de agravo de instrumento contra decisão que rejeite, initio litis, antes mesmo da citação da parte demandada, um provimento de urgência ou antecipatório postulado pela parte autora. Nesse caso, justamente por não haver ainda sido citado o réu, é óbvio que não há, nos autos, procura

ção sua constituindo advogado que o possa representar. Logo, dispensa-se, até por impossibilidade material, a juntada de cópia da procuração outorgada ao advogado do agravado.

O membro do Ministério Público e o procurador judicial da Fazenda Pública prescindem de procuração, pois o poder de representação decorre da lei, e não de contrato ou de avença pactuada com a parte que representam35• Em tal hipótese,

quando o agravante ou o agravado for o M in istério Público ou a Fazenda Pública, não haverá, de igual modo, a juntada de cópia da procura-34. Acórdão unânime da 4• Turma do STJ, R.Esp n. 4 1 5. 720/SP, rei. M in. Barros Monteiro,j. 23.04.2002. DJ de 16.09.2002, p. 195; acórdão unânime da 4" Turma do STJ, R.Esp n. 178.084/PR, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior,j. 04.09.200 1 , DJ de 04.02.2002, p. 367.

35. "PROCESSUAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DOCUMENTOS NECESSÁRIOS - PROCU

RADOR DE ESTADO - NATUREZA DA FUNÇÃO - PRESENTAÇÃO - DELEGAÇÃO DE PO

DERES - INEXIGIBILIDADE. - A exigência de que a procuração do advogado recorrido conste do instrumento de agravo, contida no Art. 525, 1 do Código de Processo Civil carece de alcance prático.

Deveria ser retirada do texto legal. - O Art. 525 ao relacionar os documentos necessários à perfeição do instrumento de agravo, refere-se apenas às 'procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado'. Nada diz a respeito de 'delegação de poderes' ao procurador de Estado. -Os procuradores de Estado não são, em rigor, advogados. Assim como o juiz é o órgão da função jurisdicional os são órgãos estatais, encarregados da defesa e do ataque judiciais. o dizer de Pontes de Miranda, eles presentam, não representam a pessoa jurídica estatal. - A denominada 'delegação de poderes' do Procurador Geral aos procuradores é simples ato de efeitos internos, destinado apenas a distribuir encargos entre os integrantes do quadro de procuradores. Ela não aumenta nem amplia a competência do 'delegado'. -

ão faz sentido a exigência de que o instrumento de agravo seja instruído com a prova da 'delegação'."

(Acórdão unânime da 1 º Turma do STJ. REsp n. 401 .390/PR, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j.

17.10.2002, DJ de 25.1 1.2002, p. 200).

ção. Assim, caso a Fazenda Pública ingresse, por exemplo, com uma demanda judicial e postule a concessão de um provimento de urgência, o qual venha a ser rejeitado antes mesmo da citação do réu, o agravo de instrumento que seja intentado contra a decisão denegatória não conterá cópia de qualquer procuração, eis que ao agravante, nesse caso, não se outorga procuração, não sobressaindo também procuração para o agravado, porquanto ainda não citado no processo que tramita na primeira instância.

Não é ocioso aduzir que, em casos de urgência, é corriqueiro que a parte não reúna condições nem disponha de tempo para confeccionar a procuração aos seus patronos. Nessas hipóteses, os advogados que subscrevem a inicial comprometem

-se, com fulcro no art. 37, 2ª parte, do CPC, a exibir o instrumento de representação no prazo de quinze dias, sendo permitida a distribuição e a análise imediata do feito, na forma do att. 254, UI, do mesmo diploma processual.

Em casos assim, uma vez denegada a pretensão liminar, cautelar ou antecipatória, e ainda não tendo sido possível obter a procuração, deve-se permitir a interposição do agravo de instrumento, sem a cópia da procuração, cabendo ao tribunal, aplicando o art. 1 3, 1, do CPC, determinar a suspensão do recurso e a consequente intimação do agravante para que traga aos autos tal documento obrigatório36.

Há hipóteses, como se percebe, em que se poderá dispensar a j untada da certidão de intimação ou, ainda, das procurações outorgadas aos advogados do agravante ou do agravado. Não se pode deixar de juntar, contudo, a cópia da decisão agravada, sem a qual o tribunal fica impedido de dar solução à controvérsia posta ao seu crivo pelo agravo de instrumento.

A imprescindibilidade da juntada das peças obrigatórias, porém, é a regra.

É unívoco, por exemplo, o entendimento jurisprudencial segundo o qual não se admite seja dado ensejo para a correção do vício ou da ausência de peças obrigatórias previstas no inciso I do art. 525 do CPC. Significa que, se do i nstrumento faltar peça obrigatória, o tribunal não poderá converter o j ulgamento em diligência para determinar o complemento.37

36. É assente a orientação do Superior Tribunal de Justiça em considerar que "o art. 13 do CPC abrange, entre as irregularidades passíveis de suprimento, a incapacidade de postular" (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 26.38 1-9, rei. Min. Barros Monteiro, JSTJffRFs 62/229). Com efeito, "o CPC 1 3 não cuida apenas da representação legal dos incapazes e das pessoas jurídicas, mas inclui no elenco das irregularidades a serem sanadas a hipótese da incapacidade postulatória." (RTJ 95/1349).

37. Acórdão unânime da 4' Turma do STJ, REsp 369.657/MG, rei. Min. Barros Monteiro, j. 07.03.2002, DJ

de 24.06.2002, p. 3 1 1 . No mesmo sentido: Acórdão unânime da 3° Turma do STJ, REsp 1 7 1 .239/GO, rei.

Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2002, DJ de O 1 .07.2002, p. 335.

173



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Tal como demonstrado no item 7 .3 do Capítulo sobre Apelação, o § 4° do art.

5 1 5 do CPC aplica-se a todos os recursos, aí incluído o agravo de instrumento.

Segundo pensamos, esse entendimento, segundo o qual a falta de cópia obrigatória acarreta a imediata inadmissibilidade do agravo de instrumento, não persiste mais diante do texto do § 4° do art. 5 1 5 do CPC. A jurisprudência, entretanto, não entende assim. De todo modo, já há precedentes que flexibilizam o rigor da orientação, admitindo o agravo de instrumento quando, a despeito da falta de cópias, for possível compreender a conh·ovérsia38.

É possível, como visto no capítulo da Teoria Geral dos Recursos, a interposição de recurso por meio de fac-símile, nos tem1os da Lei nº 9.800/1 999. A propósito, cumpre indagar: interposto agravo de instrumento com base na Lei nº 9.800/ 1 999, devem ser antecipadas por fac-símile apenas as razões do recurso, ou também devem já ser transmitidas,ju11to com as razões recursais, as cópias obrigatórias a que alude o art.

525, 1, do CPC? Interpretando a mencionada Lei nº 9.800/1 999, a Cone Especial do STJ entendeu possível a interposição do agravo de instrumento por fac-símile, desacompanhado das peças que deveriam compor esse mesmo instrumento, devendo os originais conter a integralidade das cópias obrigatórias. (REsp 901 .556-SP, rei.

Min. Nancy Andrighi, j. 2 1 /5/2008).

4.2. As peças facultativas

Cabe ao agravante, como se viu, instruir o agravo de instrumento com as cópias obrigatórias reclamadas pelo inciso I do art. 525 do CPC. Permite-se a ele, ainda, instruir seu recurso com as cópias facultativas, consistentes em quaisquer outras peças, cuja juntada lhe pareça conveniente para contribuir na formação do convencimento do tribunal. Ao agravado também se confere a possibilidade de juntar cópias facultativas, ou seja, cópias de peças que estejam entranhadas nos autos do processo originário, cuja análise pelo tribunal possa favorecer a tese por ele sustentada para a manutenção da decisão atacada (CPC, art. 525, I I).

38. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE 1 STRUMENTO. COMPREE -

SÃO DA CO TROVÉRSIA. EXCESSO DE RIGOR FORMAL.

1 . Na hipótese dos autos, a ausência de parte da ementa do acórdílo proferido pela Corte de origem não prejudica a compreensão da demanda, de modo a obstar o conhecimento do agravo de instrumento.

2. Constitui-se excesso de rigor formal não conhecer do instrumento quando as demais cópias trasladadas são suficientes para se avistar a admissibilidade cio recurso especial. Precedentes: AgRg no Ag 1 .322.327/

RJ, Rei. Min. João Otávio de oronha, Quarta Tunna, DJe 7.2.201 1 ; AgRg noAg 1 . 1 78.886/AP, Rei. Min.

Humberto Martins, Segunda Turma. DJe 24.3.20 1 O; EDcl no AgRg no Ag 945.037/RS, Rei. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.8.2009; AgRg no Ag 665.456/SP, Rei. Min. Eliana Calmon, Segunda Tunna, DJ 20.6.2005.

3. Dessa forma, a matéria agitada no recurso especial merece ser reapreciada no âmbito desta Corte de Justiça, fazendo-se necessário determinar a subida do recurso especial, sem prejuízo do juízo de admissibilidade definitivo, o qual será oportunamente realizado neste Tribunal.

Agravo regimental provido para dctenninar a subida dos autos do recurso especial." (STJ, 2' T., AgRg no Ag 1 .350.479/PE, rei. Min. HUMBERTO 1V1ARTINS,j. 22/2/201 1 , DJe de 2/3/201 1).

AGRAVO

4.3. As peças essenciais ou necessárias

Afora as peças obrigatórias (CPC, art. 525, I) e as facultativas (CPC, art.

525, I I), impõe-se ao agravante instruir seu recurso também com as peças essenciais ou necessárias à compreensão da controvérsia. Com efeito, há hipóteses em que, para o tribunal poder realmente compreender a controvérsia contida no agravo de instrumento, não é suficiente a juntada das peças

obrigatórias, despontando imprescindível que constem igualmente dos autos do agravo outras peças. Trata-se de exigência construída pela jurisprudência, a partir de uma interpretação extensiva do enunciado n. 288 da súmula da j ur isprudência predominante do STF: "Nega-se provimento a agravo para a subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição do recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia".

Há casos em que se afigura necessário ao tribunal, por exemplo, ter acesso ao teor da petição inicial ou da contestação ou, ainda, de um contrato que esteja adunado aos autos da demanda em curso no juízo de primeira instância. Sem as cópias dessas peças o tribunal não poderá compreender a controvérsia, não reunindo condições de destrinchar a questão posta em liça no recurso. Positivada a hipótese, mesmo que o agravo contenha todas as cópias obrigatórias, não será admitido pelo tribunal, caso ausente alguma cópia tida como essencial ou necessária à compreensão da controvérsia39•

39. É ilustrativo o seguinte precedente: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO

CONHECIDO, NA INSTÂNCIA ORIGINÁ RIA, POR FALTA DE PEÇAS NECESSÁ RIAS. ART.

525, 1 E l i, DO CPC. PRECEDENTES. 1 . Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual a ausência de juntada de peças necessárias - cópias da petição inicial do arrolamento, da certidão de óbito e da declaração dos bens arrolados - infringe o art. 525, 11, do CPC, o que leva ao não conhecimento de agravo de instrumento. 2. O art. 525, 1 e 1 1, do CPC (com a redação da Lei nº 9.139, de 30/1 1 / 1 995), dispõe que: 'A petição de agravo de instrumento será instruída, (1) Obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado e, { 1 1) facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis'. 3. Para o deslinde da questão a ser apreciada no agravo de instrumento ofertado no Tribunal a quo (pedido de isenção do recolhimento do imposto sobre transmissão causa mortis, por se tratar de monte-mor com valor inferior a 7.500 UFESP's, instituído pela Lei Paulista nº 10.70512000) é necessário o traslado das cópias da petição inicial do arrolamento, da certidão de óbito e da declaração dos bens arrolados, para fins ele averiguação do valor dos bens arrolados a classificar a recorrente como inclusa no benefício da referida

lei. 4. Na sistemútica atual, cumpre à parte o dever de apresentar as peças obrigatórias e as facultativas -de natureza necessária, essencial ou útil -, quando da formação do agravo para o seu perfeito entendimento, sob pena de não conhecimento do recurso. 5. Precedentes de todas as Turmas desta Cone Superior. 6. Recurso não provido." (Acórdão unânime ela 1• Turma do STJ, REsp n. 402.866/SP, rei. Min. José Delgado,j. 26.03.2002, DJ de 22.04.2002, p. 1 79).

1 75

Assim, além das cópias obrigatórias a que alude o inciso I do art. 525 do CPC, deverá o agravo ser instruído igualmente com outras cópias que sejam essenciais à compreensão da controvérsia.

É possível, porém, exatamente porque não se trata de peça processual cuja obrigatoriedade está prevista em lei, a intimação do agravante para regularizar o procedimento recursal40• Trata-se de concepção de acordo com o princípio do contraditório e da cooperação, embora tal comportamento seja raro41 •

A possibilidade de coffeção de defeitos processuais, no âmbito recursai, deve ser minimizada, mas não eliminada42. A redação do § 4° do art. 5 1 5 do CPC, embora se refira à apelação, é um indicativo claro nesse sentido: "§ 4°. Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação".

4.4. Desnecessidade de autenticação

O agravo de instrumento, já se viu, deve ser instruído, obrigatoriamente, com cópias de peças dos autos expressamente discriminadas no art. 525, l, do CPC.

40. A 4'. Turma do Superior Tribunal de Justiça cn frentou a questão, ainda que de forma enviesada, no julgamento do REsp n. 280.875-R.I, rei. Aldir Passarinho Jr.,j. 09.10.2001, publicado no DJ 04.03.2002, no qual ficou decidido que: "Se a peça não se acha prevista no art. 525, 1, do CPC, como essencial, porém se revela indispensável ao exame da controvérsia segundo entendimento do órgão julgador. deve ele ou diligenciar para que ela seja juntada, ou determinar que o agravante complemente a instrução.

Incabível, pois, o não conhecimento do agravo por ausência de documento não essencial. caso de petição que supostamente teria dado origem à prova pericial cujos ônus foram atribuídos à ré". Embora os requisitos de admissibilidade do recurso possam ser investigados de ofício pelo magistrado, não pode ele exigir que a parte se desincumba de um ônus, que estava previsto apenas em sua cabeça.

sem que se lhe tenha dado o alerta, fundamental na hipótese.

4 1 . "A Corte Especial, diante das divergências de julgados, reafirmou entendimento, por maioria, no sentido de que o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do an. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos tcnnos do art. 525, 11, do CPC. A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão cio julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça". Precedente citado: REsp n. 449.486-PR, DJ 24.2.2003. EREsp n. 509.394-RS, Rei. Min. Eliana Calmon, julgados em 18.8.2004, Infonnativo n. 2 1 8 do STJ.

42. "Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, caput, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliãs, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e processo de conhecimento". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64).

AGRAVO

Já se entendeu, durante longo tempo, que tais cópias deveriam ser autenticadas, sob pena de não ser admissível o recurso. Com a edição da Medida Provisória nº 1 .770/99, e sucessivas reedições, passou-se a dispensar a autenticação para as pessoas jurídicas de direito público43.

O entendimento jurisprudencial evoluiu para considerar dispensável a autenticação das peças arroladas no art. 525 do CPC, à mingua de previsão legal que contenha tal exigência44, e por afrontar os escopos do processo e,

igualmente, o princípio da duração razoável do processo45. Ademais, estando o agravo instruído com peças processualizadas, cujos originais estã.o entranhados nos autos em que proferida a decisão, seria desnecessária e mesmo exagerada a exigência de autenti- cação46. N o particular, não haveria justificativa no empeço do acesso à instância revisora, quando as cópias, não autenticadas, sequer foram questionadas pela parte contrária47. Em suma, o Superior Tribunal de Justiça assentou a orientação segundo a qual, nas instâncias ordinárias, onde é possível o suprimento de eventual irregularidade, a autenticação pode ser dispensada, salvo se houver i mpugnação à autenticidade das peças pela parte agravada.

A Lei nº 1 1 .382/2006 acrescentou um inciso IV ao art. 365 do CPC, para deixar assente que fazem a mesma prova que os originais as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade. Essa evolu

ção legislativa culminou na regra geral de que ao advogado se confere o poder de declarar autênticas cópias extraídas de autos judiciais, não se devendo, portanto, deixar de conhecer do agravo de instrumento por falta de autenticação, a não ser que o agravado alegue - e comprove - que as cópias não correspondem aos originais.

4.5. Comprovação da interposição do agravo de instrumento (art. 526, parágrafo único, CPC) Com a superveniência da Lei n. 9. 1 39/1995, o art. 526 do CPC havia passado a ostentar a seguinte redação: "Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) 43. Conferir, dentre outros, o acórdão unânime da 3' Turma do STJ, no AGA 249.823/SP, rei. Min. Nancy Andrigui,j. 09. 1 1 .2000, DJ de 1 1 . 1 2.2000, p. 195.

44. Conferir: acórdão unânime da 4° Tunna do STJ, R.Esp 297 .360/SC, rei. Min. Barros Monteiro,j. 1 3 .03.2001 , DJ d e 04.06.2001 , p . 001 60; no mesmo semido: STJ, 3.' T., R.Esp n . 258.379/AC, rei. Min. Ari Pargendler, j. 1 3.09.200 1 , DJde 22. 1 0.200 1, p. 3 1 8.

45. STJ, 4º T., REsp 11. 204.887/SP, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira,j. 1 5.02.200 1 , DJ de 02.04.2001 , p. 296.

46. STJ, 3° T., REsp n. 224.484/ES, rei. Min. Waldemar Zveiter, j. 1 9.02.2001 ,

DJ de 1 3.08.200 1 , p. 145.

47. STJ, 3' T., REsp n. 254.048/SP, rei. Min. Eduardo Ribeiro,j. 29.06.2000, DJ de 1 4.08.2000, p. 169.

177

dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de

instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso". Considerando que tal regra teria criado mais um ônus processual para o agravante, juristas de escol passaram a entender que a ausência do seu cumprimento implicaria a consequência de retirar do agravo de instrumento um de seus pressupostos de admissibilidade.

Assim, não cumprida pelo agravante a providência reclamada pelo art. 526 do CPC, não deveria ser conhecido o agravo de instrumento interposto diretamente ao tribunal48.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a entender que o prazo de três dias a que alude o art. 526 do CPC somente teria início da "publicação do despacho que recebeu e mandou processar o referido recurso"49. Em outras palavras, o STJ chegou a entender que o tenno inicial da contagem de tal prazo seria a publicação da decisão do relator que admitia o agravo de instrumento no tribunal.

Não é esse, todavia, o entendimento prevalecente. Atualmente, entende o STJ que "o tenno inicial de contagem do prazo para o agravante comunicar o juízo da decisão agravada sobre a interposição do agravo é a data de seu protocolo na instância ad quem. Precedentes da 4°. e 5° Turmas do STr'5º.

Enfim, uma vez interposto o agravo de instrumento no tribunal, já começa a correr o prazo de três dias para que o agravante, nos termos do art. 526 do CPC, informe ao juiz a referida interposição, com a comprovação do efetivo protocolo e a indicação das peças que o instruíram.

A Lei n. 1 0.352/200 1 , ao acrescentar um parágrafo único ao art. 526 do Código de Processo Civil, dirimiu essa polêmica. Agora, não há dúvidas. Trata-se de um ônus: o não cw11prirnento, pelo agravante, do quanto disposto no caput do art. 526

poderá implicar o não conhecimento do seu agravo de instrumento.

Eis o texto do parágrafo único do art. 526, CPC: O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

Durante a tramitação do Projeto de Lei n. 3.474/2000 no Congresso Nacional, que resultou na Lei Federal n. 1 0.352/200 1 , acrescentou-se a exigência de que

o 48. ALVIM, José Eduardo Carreira. Novo agravo. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996, p. 1 0 1 - 1 05; CARNEIRO, Alhos Gusmão. O novo recurso de agravo e outros estudos. 3 ecl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 44-46.

49. STJ-1" T., REsp n. 775.532/RS. rel. Min. Francisco Falcão. j. cm 08. l 1 .2005, DJ de 19.12.2005, p. 269.

No mesmo sentido: STJ-1' T., REsp n. 93 1 . 1 1 O/RS, rei. Min. José Delgado, j. em 04.03.2008, DJe de 27.03.2008.

50. STJ-2' T., REsp n. 1 .039.788/AM, rei. Min. Eliana Calmon, j. em 1 8 . 12.2008, DJe de 18.02.2009. Assim, também, STJ-3' T., REsp n. 1 .042.522/PR, rei. Min. Massami Uyeda,j. em 14.04.2009. DJe de 23.06.2009: STJ-4' T., AgRg no REsp n. 1 . 124.338/MG, Rei. Min. Alclir Passarinho Juoior, j. em 1 7.06.2010, DJe em 04.08.20 l O.

não cumprimento do ônus houvesse de ser alegado e provado pelo agravado - não constava da proposta original.

Primeiramente, deve-se ressaltar que esta singela mudança alterou ensinamento consagrado no sentido de que os requisitos de admissibilidade dos recursos poderiam ser conhecidos de oficio pelo magistrado. Este requisito, como visto, somente pode ser conhecido, se houver provocação do agravado.

Há, como se vê, uma distribuição de ônus entre o agravante e o agravado: o primeiro deve apresentar a petição; apresentada a peça, não haverá possibilidade de consequência que lhe seja prejudicial; se não o fizer, o agravado passa a ter o ônus de alegar e comprovar a ausência do ajuizamento da petição.

E qual a razão disto?

Embora não constasse da proposta original, formulada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, a razão de ser desta mudança encontra-se no texto da exposição de motivos do mencionado projeto.51

Esta exigência calca-se, pois, em dois i nteresses: a) do agravante: ensejar um juízo de retratação do magistrado a quo; b) do agravado: proporcionar o imediato conhecimento dos termos do agravo, sem a necessidade do deslocamento ao tribunal (aqui, a preocupação é maior com os advogados que atuam em comaJcas do interior, distantes da sede do tribunal). Protegem-se, assim, com esta formalidade, i nteresses estritamente particulares. Não há nenhuma j ustificativa de ordem pública a ensejar esta prov idência, nem mesmo a de dar ao magistrado a quo a ciência do recurso interposto contra a sua decisão. É

que, ao ser intimado a prestar i nformações ao relator, o magistrado tomaria conhecimento do agravo. Além disso, se o intuito fosse apenas o de dar ensejo à retratação (ou dar ciência ao magistrado), não haveria sentido de estabelecer

-se prazo para isso. O prazo foi estabelecido como fator garantidor do outro interesse: o do agravado.

5 1 . Ao arl. 526, relativo à comunicação do agravo de instrumento perante o juízo de primeiro grau, propõe-se acrescentar parágrafo único, a rim de dar solução às controvérsias surgidas sobre se tal providência, a cargo do agravante, é meramente làcultativa ou se constitui condição de admissibilidade do recurso. Inclina-se o Projeto pela segunda alternativa, com amparo em autorizada doutrina, porquanto inconcebível impusesse a lei ao recorrente uma obrigação, fixando-lhe prazo, sem nenhuma consequê11cia processual para o descumprimento. Aliás, a comunicação prevista no art. 526 tem por objetivo maior o de proporcionar ao agravado imediato e perfeito conhecimento dos termos do agravo, de molde a habilitá-lo a bem oferecer sua resposta sem necessidade de deslocar-se para consultar os autos do recurso na secretaria do

tribunal (ALVIM, José Eduardo Carreira. Novo agravo, 2 ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996. p. 106/110; CARNEIRO, Athos Gusmão. O novo recurso de agravo e outros estudos, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997. p. 44-45).

1 79

Com base nestas premissas, é possível responder a perguntas que surgirão inevitavelmente.

Se o juiz, em suas informações, avisar ao relator que o agravante não providenciou ajuntada daqueles documentos, poderá o recurso não ser conhecido?

Não. O texto é claro, bem como são cristalinas as suas razões: sendo interesses particulares o objeto da proteção, somente por provocação do agravado o tribunal pode ter conhecimento do descumprimento do ônus. No entanto, como bem apontado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, nada impede que o agravado se valha das informações do magistrado como meio de prova de sua alegação de que o agravante não se desincumbiu do ônus do art. 526, CPC.52 onnalmente, no entanto, a prova será feita por certidão negativa.

Há prazo para o agravado alegar o mencionado descumprimento do ônus pelo agravante?

A lei silencia a respeito. Uma primeira interpretação - talvez influenciada pela concepção de que os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser investigados a qualquer tempo - poderia levar ao entendimento de que não haveria prazo, pois a lei nada falou. Não é esse o posicionamento aqui defendido: ao impor uma formalidade, o dispositivo tem de ser interpretado dentro do sistema de nulidades do Código. E assim prescreve o art. 245, CPC: "A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de oficio, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento".

Como não se trata de questão que possa ser conhecida de ofício, o descumprimento do ônus do art. 526 enquadra-se na hipótese normativa do caput do ait.

245. Assim, o agravado deve alegá-lo nas contrarrazões - normalmente o primeiro momento que lhe cabe falar nos autos -, sob pena de preclusão. Os requisitos de admissibilidade do recurso nada mais são do que espécies de requisitos processuais de validade, que se caracterizam pelo particular efeito que a sua falta produz: a inadmissibilidade da postulação recursai.

52. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves co111e11tários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil. 2 ed São Paulo: RT, 2002, p. 162.

AGRAVO

A incidência do art. 245 é, pois, inevitável. Outra interpretação poderia levar, ainda, a chicanas processuais: o agravado se calaria, deixando para o último momento possível esta "arma", que somente ele poderia manejar.

O agravo de instrumento não será admitido, necessariamente, se for alegada e provada, pelo agravado, a não-juntada da documentação no juízo a quo?

Não. Como se trata de requisito formal criado com o objetivo de favorecer o agravado, quando o seu desrespeito não gerar prejuízo (art. 244 do CPC) - no caso, a dificuldade de acesso ao conteúdo do agravo -, não será possível considerar-se inadmissível o agravo de instrumento interposto. Também aqui se impõe compatibilizar os sistemas de admissibilidade do recurso e o de nulidades. Bem se posicionou Cruz e Tucci:

"Observa-se, pois, que a reforma, nesse particular, dá ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, visto que, em muitas situações, como naquelas ocorrentes nas comarcas das Capitais, a consulta dos autos de agravo no tribunal é muito mais simples e facilitada do que o exame no cartório de primeiro grau".53

É possível não se conhecer do recurso, por descumprimento do ônus do art.

526, em razão da provocação do Ministério Público interveniente?

A resposta a essa pergunta carece de urna rápida lembrança das posições jurídicas assumidas pelo Ministério Público, nas hipóteses em que se impõe a sua intervenção.

Quando intervém em causas que envolvam interesse de incapaz (a1t. 82, I, CPC), a atuação do Ministério Público é vinculada (em beneficio do incapaz) e a sua intervenção justifica-se como mecanismo de equilíbrio do contraditório. Trata-se de intervenção semell1ante à do assistente, embora obrigatória. Nessas hipóteses, poderá o Ministério Público, em sua manifestação, suprir o silêncio do agravado-incapaz, desde que tenha provas do não-cumprimento do mandamento do art. 526 do CPC.

Na condição de custos legis, não pode o Ministério Público suprir o silêncio do agravado, pois a sua atuação, no caso, é imparcial, supra partes.

4.6. Procedimento do agravo de instrumento

Dos termos do art. 527 do CPC infere-se que tal dispositivo estabelece um verdadeiro "roteiro " a ser seguido pelo relator no agravo de instrumento. Inicialmente, deve ele verificar se é caso de aplicar ou não o art. 557 do CPC. Passado esse exame, irá verificar se é a hipótese de determinar a conversão do agravo em 53. lineamentos da nova reforma do CPC. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1 1 5. No mesmo sentido, PER.EIRA, Mateus Costa. "Da exigência contida no

art. 526 do CPC e as razões em que se funda: uma análise sob a perspectiva do juízo de admissibilidade dos recursos". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2010, n. 87, p. 88 e segs; STJ, R.Esp n. 944.040-RS, rei. Min. Nancy Andrighi,j. cm 25.5.2010.

retido. Caso não seja, apreciará o eventual pedido de efeito suspensivo ou de

tutela antecipada recursai para, somente então, solicitar, se for o caso, informações ao juiz da causa e oportunizar o contraditório, determinando a intimação do agravado para responder ao recurso.

Interposto o agravo de instrumento diretamente no tribunal, deverá ser distribuído incontinenti, daí seguindo a conclusão dos autos ao relator. Recebidos os autos pelo relator, este deverá verificar se é caso de se negar, liminarmente, seguimento ao agravo. Sendo o agravo intempestivo, manifestamente improcedente, deserto, contrário a súmula ou a j urisprudência dominante, deverá o relator, com apoio no art. 557 do CPC, negar-lhe seguimento. Diversamente, havendo súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, poderá o relator dar imediato provimento ao agravo de instrumento. Tanto da decisão que lhe nega seguimento como da que já lhe dá provimento cabe agravo interno, no prazo de 5 (cinco) dias.

Como se vê, a aplicação do art. 557 do CPC, no agravo de instrumento, ocorre antes de que se instaure o contraditório. Só que, para que se atenda ao princípio constitucional do contraditório, tal conclusão somente se compatibiliza com a hipótese de ser negado seguimento ao agravo. No caso de se lhe dar provimento, parece ser necessário instaurar-se, previamente, o contraditório, a fim de que o agravado possa ter a oportunidade de demonstrar que o caso não se enquadra na hipótese de manifesto contraste com súmula de tribunal superior ou jurisprudência do plenário do STF.

Esse, aliás, é o entendimento manifestado por autorizada doutrina:

"Nenhuma alteração houve. ao que tudo indica, quanto à regra de que o relator pode negar seguimenfo ao agravo liminarmente, nos casos do art. 557 do Código de Processo Civil. Isto pode ser feito independentemente de se ter estabelecido o contraditório e mesmo de o juiz ter prestado informações, já que o agravo, incidindo o art. 557, segue por um outro caminho, diferente e inco111pa1ível com o art. 527, incisos 111 a VI. Por esta razão, e já que o contraditório ntio es1áformado, parece que não se aplica ao agravo o § lº.A, ou seja, o relator não pode, sob qualquer pretexto, dar provimento ao recurso sem estabelecer o contraditório, por mais manifestas que sejam as situações ocorrentes (das listadas no § l º-A)".54

Enfim, para negar seguimento o relator poderá fazê-lo independentemente de contraditório, mas, para dar provimento, deverá instaurar, previamente, o

contraditório.

54. W AM B 1 ER, Luiz Rodrigues e WA M BI ER, Teresa Arruda Alvim. Breves co111e111ários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 166.

1 82

AGRAVO

No agravo de instrumento, a situação deve submeter-se a essa metodologia: para negar seguimento, o relatorjá pode fazê-lo, sem precisar instaurar contraditório, eis que se trata de decisão favorável ao agravado, e contrária ao agravante.

Para dar provimento ao recurso, deverá, contudo, instaurar o prévio contraditório, pois se trata de decisão contrária ao agravado, e favorável ao agravante. Ao agravado se deve possibilitar a chance de tentar participar do convencimento do magistrado, em homenagem ao princípio do contraditório.

Nem se diga que o contraditório estaria respeitado com a possibilidade de interposição do agravo interno. A prevalecer esse argumento, poder-se-ia aceitar que o juiz j á condenasse o réu, sem mesmo citá-lo, afirn1ando que o contraditório não seria ofendido, pois lhe sobraria a hipótese da apelação ...

Também não se diga que, em havendo urgência, justifica-se diferir o contraditório para um momento posterior, relegando-o para o eventual agravo interno que porventura fosse interposto pela parte. Se, efetivamente, há urgência, deve ser concedido o efeito suspensivo a que alude o inciso I I I do art. 527 do CPC.

A urgência é o pressuposto para o efeito suspensivo, e não para o provimento imediato previsto no § 1 °-A do art. 557 do CPC.55

Dar provimento liminar ao agravo de instrumento não equivale a diferir o contraditório, mas o afastar ou não lhe obedecer. A parte, para exercer o contraditório, não pode ser obrigada a i nterpor recurso. Concedido efeito suspensivo, e não havendo recurso, ter-se-á a chance do contraditório. Já provido o agravo, e não havendo recurso, já está prestada a jurisdição recursai, não restando mais qualquer oportunidade de ser revista a decisão. Não haverá, enfim, contraditório diferido, mas ausência ou inexistência de contraditório.

Poder-se-ia argumentar que, a se exigir o contraditório prévio, não se estaria dando aplicação eficaz ao art. 557 do CPC, processando-se o recurso que já poderia ser resolvido imediatamente. Ora, a :finalidade do art. 557 do CPC é l ivrar o 55. "PROCESSUAL CIVlL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO RELATOR. ART. 557, § 1°-A, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA RESPOSTA. VIOLAÇÃO

AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. 1 . A intimação do recorrido para apresentar contrarrazões é o procedimento natural de preservação do princípio

do contraditório, previsto cm qualquer recurso, inclusive no de agravo ele instrumento (CPC, an. 527, V). Justifica-se a sua dispensa quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, l),já que a decisão vem em beneficio do agravado. Todavia, a intimação para a resposta é condiçcio de validade da decisão monocrática que vem cm prejuízo do agravado, ou seja, quando o relator acolhe o recurso, dando-lhe provimento (art. 527, § 1 °-A). Nem a urgência justifica a sua falta: para situações urgentes há meios específicos e mais apropriados, de 'atribuir efeito suspensivo ao recurso (an. 558), ou deferir, cm antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursai' (CPC, art. 527, lll). 2. Recurso especial a que se dâ provimento." (Acórdão unânime da 1• Turma do STJ, REsp n. 892.320/RS, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 13.3.2007, publicado no DJ de 23/4/2007, p. 240).

recurso de inclusão em pauta, agilizando e adiantando a prestação jurisdicional.

E essa :finalidade é alcançada, ainda que se oportunize o contraditório. Ademais, é preciso atender à exigência constitucional de respeito ao contraditório e à ampla defesa, com o que se mantém a higidez do devido processo legal.

Estando em termos o agravo de instrumento e não tendo o relator lhe negado seguimento ou lhe dado imediato provimento, passará a verificar se é caso de

converter o agravo de instrumento em agravo retido. Não sendo caso de agravo de instrumento, deverá o relator convertê-lo em agravo retido. Dessa decisão não cabe agravo interno, cabendo apenas um simples pedido de reconsideração (CPC, art. 527, parágrafo único) ou mandado de segurança contra ato judicial. É mais razoável, assim, não obstante a disposição legal, defender a tese de que ainda se admite o agravo interno, sob pena de se ter de aceitar a impetração de mandado de segurança contra ato que, i ndevidamente, converteu o agravo de instrumento em agravo retido, cujo prazo seria de cento e vinte dias, ao contrário dos cinco dias destinados ao agravo interno. Essa interpretação justifica-se como meio de dar efetividade ao direito fundamental a um processo sem dilações indevidas.

Convertido o agravo de instrumento em agravo retido, serão os autos encaminhados ao juízo de primeira instância para que, apeosados aos autos principais, ali se mantenha, devendo a parte interessada reiterá-lo nas razões ou contrarrazões de eventual apelação.

4.7. Considerações sobre o agravo contra a decisão do relator. lnviabiUdade do agravo interno contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursai

O parágrafo único do art. 527 do CPC continha, até a edição da Lei n.

l l . 1 87/2005, a seguinte redação: "Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do art. 525". Vale dizer que as contrarrazões oferecidas pelo agravado poderiam ser, no prazo legal, protocoladas no tribunal, ou postadas no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, de acordo com a forma estabelecida pela legislação local.

Essas possibilidades estão mantidas. A remissão ao § 2º do art. 525 do CPC

passou a constar do texto do inciso V do art. 527, a fim de que o referido parágrafo único passasse a ostentar nova redação, que é a seguinte:

"Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos 11 e 111 do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

AGRAVO

No tocante ao caso do inciso III, a norma incorpora praxe adotada em alguns tribunais. Proferida a decisão do relator, relativa à concessão de efeito suspensivo ou à de tutela antecipada recursai, a parte interessada interpõe agravo interno.

Colhidas as contrarrazões e incluído na pauta de julgamento, o agravo de instrumento já é definitivamente julgado, tendo-se por prejudicado o agravo interno.

Este último, na verdade, somente vem sendo apreciado, em alguns tribunais, quando se revela presente uma extrema w·gência, não sendo possível aguardar-se o desfecho do próprio agravo de instrumento.

Essa praxe adotada em alguns tribunais restou, como dito, positivada, sendo certo que a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursai deverá somente ser revista quando do julgamento do próprio agravo de instrumento, podendo, contudo, caso haja extrema urgência, haver uma reapreciação pelo relator, em juízo de reconsideração56.

Não é possível, todavia, aplicar tal sistemática à hipótese do inciso I I, se bem que o novo parágrafo único do art. 527 do CPC a ele faça menção. A disciplina legal, no que concerne ao inciso II, não fosse despropositada, seria risível.

Determinada a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, somente

- estabelece o parágrafo único do art. 527 do CPC, na redação dada pela Lei nº

l J . 1 87/2005, - será passível de reforma no momento do j ulgamento do agravo (!?).

Ora, convertido o agravo de instrumento em agravo retido, essa decisão que determinou a conversão somente será revista, quando for julgado o agravo retido . . . !? Não tem sentido a dicção do texto legal! Julgado o agravo retido, não há mais como ser desfeita a conversão, subtraindo-se a utilidade do agravo de instrumento então interposto. A regra ofende o princípio da efetividade, deixando de garantir um processo justo, com resultados efetivos. Sua inconstitucionalidade é, portanto, manifesta. Além do mais, é sabido que a norma não pode positivar situações esdrúxulas, absurdas ou impraticáveis, devendo, então, ser desconsiderada.

À evidência, interposto agravo de instrumento e vindo a ser convertido indevidamente em agravo retido, deverá ser admitido o agravo interno contra tal conversão indevida. Não admitido o agravo interno, ter-se-á como inútil o agravo de instrumento. Sendo inútil o recurso cabível contra determinado ato judicial, sobeja a via do mandado de segurança como adequada para corrigir eventual ilegalidade ou abusividade cometida judicialmente. A conversão indevida subtrai do 56. Sobre o pedido de reconsideração, conferir: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O pedido de reconsideração e suas hipóteses de cabimento. Revis/a Dialética de Direito Processual. 4: 100- 1 1 2. São Paulo:

agravo a utilidade ou aptidão para combater a lesividade sofrida pelo agravante.

Cabe, então, um mandado de segurança57, não com a finalidade de se obter efeito suspensivo ao recurso, mas como ação autônoma de impugnação58, ou

seja, com a mesma pretensão formulada no recurso59, cabendo a providência lim.inar (CPC, art. 558). É que, não vindo o recurso interposto a ter eficiência pragmática, exsurge a necessidade do mandado de segurança, desnudando-se a presença do seu indispensável interesse de agir.

Na hipótese do inciso Ili do art. 527 do CPC, poderá ser igualmente descerrado o acesso para a impetração do mandado de segurança. De fato, concedido ou negado o pedido de efeito suspensivo ou de tutela antecipada recursai, já se viu que a correspondente decisão somente será revista quando do julgamento do próprio agravo de instrumento ou, desde logo, em juízo de reconsideração.

Na eventualidade de não ser exercido o juízo de reconsideração e, a despeito da urgência, não haver o julgamento do próprio agravo de inslrnmento, este recurso não estará apto a resolver o problema do agravante, revelando-se ineficaz, inoperante e inútil. Abre-se, então, o caminho para a impetração do mandado de segurança, com vistas a obter a medida que restou indeferida pelo relator. É que, nesse caso, o agravo de instrumento não ostenta utilidade, cabendo o writ para obtenção do desiderato perseguido.

Os tribunais são, normalmente, estruturados para emitir decisões colegiadas, com vistas a obter, com maior grau de probabilidade, o acerto e a justiça do julgamento final. Ademais, "a colegial idade é também um importante fator de busca da legitimidade do Judiciário, ou seja, de persuação do jurisdicionado de que a sua causa foi julgada por uma junta de juízes, que d.iscutiram a matéria procurando em conjunto encontrar a solução mais justa: juízes que revelaram o direito das partes no exercício mais autêntico do mandato recebido do povo e sob o mais eficaz mecanismo de controle, aquele que cada julgador exerce sobre o comportamento dos demais, porque a decisão que todos buscam vai influir na reputação de cada um"6º.

57. VIA A, Juvêncio Vasconcelos. ··[illegible] !andado de segurança contra ato judicial". Revis1a Dialé1ica de Direi lo Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 18, p. 76, item. 3.4.

58. CARVALHO, Pedro Leonel Pinto de. "Segurança e recurso contra ato jurisdicional". Revista de Processo.

São Paulo: RT, 1 983, n. 32, p. 3 1 5-317.

59. BARBI, Celso Agrícola. "Mandado de segurança contra ato judicial".

Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 984, n. 36, p. 30-31 .

60. GRECO, Leonardo. "A falência do sistema de recursos". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 1 , p. 103.

1 86

AGRAVO

Na verdade, e consoante se percebe, a colegial idade das decisões dos h·ibunais,

longe de constituir uma garantia fundamental do processo ou uma garantia individual do jurisdicionado, sobreleva como fator de legitimidade dos julgamentos ali proferidos, ostentando a feição de penhor da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário.

Significa que, em princípio, todos os julgamentos, decisões e provimentos deveriam ser concedidos, nos tribunais, pelo col.egiado. Só que, diante da necessidade de agilizar a prestação jurisdicional quanto a requerimentos que reclamam apreciação imediata e em vista da racionalidade e conveniência que se impõem na rotina dos h·ibunais, a análise dos pleitos urgentes é transferida, via de regra, ao relator, a quem se permite, em juízo de cognição sumária, a pro lação de provimentos emergenciais.

A competência, contudo, é, como se viu, do colegiado; ao relator permite-se uma espécie de antecipação do pronunciamento do órgão colegiado, em pronunciamento monocrático. Daí porque essa decisão do relator pode sempre ser revista pelo órgão do tribunal, por meio da interposição do agravo interno ou regi mental. É que a competência, para julgamento, é do colegiado. Tal competência - não custa repetir - foi, momentaneamente, transferida ao relator, com vistas a racionalizar a atividade interna do tribunal. Vale dizer que o tribunal sempre terá a possibilidade de poder rever a decisão do relator, preservando, desse modo, sua competência originária. E é com o agravo interno ou regimental que se permite seja integrada a competência do colegiado, obtendo-se seu posicionamento quanto ao caso61•

O art. 39 da Lei Federal n. 8.038/ 1 990 prevê o cabimento de agravo contra decisão proferida por membro de tribunal (Presidente do Tribunal, da Seção ou da Turma, ou o relator) que causar gravame à pane, em cinco dias. Esse dispositivo está previsto em lei que regulamenta os processos perante o STJ e o STF. O STJ possui decisões que, corretamente, aplicam o arl. 39 mencionado, por analogia, a qualquer decisão unipessoal proferida por qualquer tribunal (STJ, I". T., AgRg nos EDcl no REsp n. 1 . 1 1 5.445 / DF, rei. Min. Luiz Fux, j. em 1 1 .05.201 O, publicado no DJe de 24.05.20 1 0; 1" T., Resp n. 575.938, rei. Min. Luiz Fux,j. 1 5.06.2004, publicado em 1 6.08.2004, p. 143; 2" T., Resp n. 770.620, rei. Min. Castro Meira, j. O 1 .09.2005, publicado no DJ de 03. 1 0.2005, p. 236)62.

6 1 . Sobre o assunto, consultar: CARNE! RO, Alhos Gusmão. "Poderes do relator e agravo interno -Arts. 557, 544 e 545 do CPC". Revisw de Processo. São

Paulo: RT, 2000, n. 100; TALAMINI, Eduardo. "Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Ne1y Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coarei.).

São Pmdo: RT, 2002.

62. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROPR.JEDADE DA VIA ELEITA. RECURSO

CABÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRINCÍPIO DA COLEGIALl

DADE DAS DECISÕES. (AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA 1 87

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEfRO DA CUNHA

O provimento de urgência pode ser concedido por tribunal, de forma colegiada ou mediante decisão isolada do relator. Aliás, alguns tribunais - a exemplo do STF e do STJ - mantêm o hábito de submeter a decisão do relator que concede provimento de urgência para referendo da turma. Não se nega que o relator - até mesmo por tradição - tem poderes para apreciar (e até conceder) li minares em tribunal. Levar a questão para referendo da turma tem o li nico efeito prático de impedir a posterior interposição do agravo interno ou regimental. E isso porque o objetivo do regimental é, j ustamente, obter o posicionamento da turma, da

câmara, enfim, do respectivo colegiado. Ora, se é o próprio colegiado que está decidindo ou ratificando a decisão, não subsiste razão para obter seu posicionamento: este já foi emitido, descabendo o agravo regimental. Caso, entretanto, o relator decida, sem submeter a questão ao crivo do colegiado, caberá, então, o agravo regimental, para que se obtenha o posicionamento deste a respeito da questão decidida.

Em suma, é possível haver provimento de urgência concedido, originariamente, em tribunal, seja por decisão isolada do relator, seja por decisão proferida pelo próprio colegiado. Sendo o provimento deferido por relator, cabe a interposição de agravo interno ou regimental para se obter o posicionamento do colegiado. Caso, todavia, seja deste a decisão, cabe a eventual interposição de recurso especial, não PARA CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURA ÇA).

1 . t cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de rela1or de tribunal.

2. O an. 39 da Lei nº 8.038/90, que disciplina o cabimento cio agravo interno contra decisão singular proferida por membro do Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, deve ser aplicado, por analogia. aos demais tribunais pátrios. ainda que inexista previsão no Regimento Interno do Tribunal de Segunda Instância. Precedentes. (AgRg no AG n. 556508/TO, de minha relataria. D.I. 30.05.2005; AG

n. 7 1 26 1 9/PI. Rei. Min. Teori Albino Zavascki. DJ. 1 0. 1 1 .2005; Ag noAG n. 42 1 168/SP. Rei. Min. Eliana Calmon. DJ. 24.06.2002).

3. 'A decisão monocrática de relator indelerindo antecipação de tutela recursai em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado.

Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do an. 39 da Lei 8.038, de 1 990.

(MC 6566, Rei. Min. Teori Zavascki)'

4. A lei 8.038/90 prevê, no an. 39, o direito de a parte reiterar o pedido perante o próprio colegiado. Nestes casos, cabe à parte sucumbente impugnar os fundamentos da decisão monocrática através de agravo regimental, como forma

de assegurar o princípio da colegial idade, garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões.

5. A súmula 622/STF, que desautoriza o cabimento do agravo regimental conrra decisão do relator que concede ou indefere liminar cm maudado de segurança, não se barmoniza com o próprio artigo 3 1 7 cio RISTF, que prevê agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de um dos seus membros que cause prejuízo ao direito da pane, outra não é a exegese do an. 258 do RISTJ.

6. É da natureza dos t1ibunais superiores o exercício colegiado da jurisdição. Consectariamente, se a lei ou o Regimento conferem a um dos membros do Tribunal, por razões de urgência e de abreviação do serviço judiciário, o exercício de função jurisdicional, ele a desempenha em nome do colegiado, mas sem poder tolher o acesso cio jurisdicionado ao colegiado, que é o juiz natural da causa.

7. Agravo Regimental desprovido." (Acórdão unânime da ! " Turma do STJ, AgRg no Ag 827.242/MT, rei.

Min. Luiz Fux,j. 7/12/2006, DJ de 112/2007, p. 427).

sendo mais possível, diante dos termos do enunciado n. 735 da súmula do STF, haver a interposição do recurso extraordinário.

É irrelevante se o agravo interno esteja previsto em lei ou no regimento, podendo ser chamado de agravo legal, agravo regimental, agravinho, agravo interno ou simplesmente agravo63. Trata-se de uma modalidade do recurso de agravo, cuja interposição se faz internamente nos tribunais, contra decisões isoladas de relatores, com procedimento previsto nos regimentos internos e, cada vez mais,

absorvido ou incorporado em leis formais. Se a lei prevê o agravo interno para determinada situação específica, como, por exemplo, no caso do § 1 º do art. 557 do CPC, mas a parte o interpõe, rotulando-o de agravo regimental, não há qualquer problema, pois se trata do mesmo recurso. E, ainda que não se tratasse, seria o caso de se aplicar o princípio da fungibilidade para admiti-lo.64

Não obstante todas essas considerações, a Lei 1 1 . 1 87/2005, ao conferir nova redação a alguns dispositivos do CPC que tratam do agravo, pareceu pretender eliminar a possibilidade de ser interposto o agravo interno da decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, da decisão do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal.65

O STJ, porém, acolhendo a argumentação aqui defendida e seguindo a orienta

ção por ele mesmo firmada, no sentido de generalizar a aplicação do art. 39 da Lei n. 8.038/ 1 990, entendeu cabível agravo regimental da decisão do relator que converte agravo de instrumento em agravo retido (STJ, 1 ª. T., AgRg nos EDcl no 63. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 557, § 1°, DO CPC. 1 . O agravo regimental é o recurso previsto ao art. 557, § Iº, do CPC, que tem recebido, porém, nomes diferentes. Contudo, a variedade na nomenclatura não tem o condão ele transformá-lo cm recurso diverso. 2. Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 2"T., REsp n. 579.759/PE, rei. Min. João Otávio de Noronha,j. 09.08.2005, DJ ele 1 9.09.2005).

64. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR QUE

NEGA SEGUI MENTO. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUN

GIBILIDADE RECURSAL. APLICABILIDADE. /. A interposição ele agravo regimental em face de decisão monocrática cio relator, negando seguimento ao recurso, encontra previsão legal, o que possibilita a aplicação do princípio da fungibilidade recursai à presente hipótese, na qual o acórdão entendeu incorreto o nomen iuris atribuído à irresignação. 2. Deveras, ao plano prático, cuida-se de interposição de agravo regimental, com fulcro no artigo 557, § 1°, cio CPC, ao invés de cognominado agravo legal ou simples, previsto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco. 3. Inexistência de erro grosseiro.

Aplicação do Princípio da Fungibilidade. 4. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: AGRESP 294.695/

SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi e RESP 53645 / SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Cite-se, a conlrario sensu: AAR.ESP 503303/PR, desta relatoria, DJ de 13. I 0.2003; AGR.ESP 403345/SC, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 09. 1 2.2002; ADRESP 329428/MG, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02/09/2002; AGRESP 25 1 832/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, D.I de 13.08.2001 e AgRg nos Edcl no AG 1 86.620, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 1 1 .06.2000. 5. Recurso especial provido."

(STJ, 1• T., REsp n. 698.1 79/PE, rei. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2005, DJ de 29.08.2005, p. 184).

65. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, n. 1 .8, p.

97- 1 0 1 .



REsp n. 1 . 1 1 5 .445 / DF, rei. Min. Luiz Fux, j. em 1 1 .05.201 O, publicado no DJe de 24.05.201 0). Curiosamente, o mesmo STJ, em precedente oriundo do mesmo M inistro, que ressalvou o seu entendimento pessoal, disse não caber agravo regimental da decisão sobre o pedido de efeito suspensivo no agravo de instrumento (STJ, l ª T., R M S n. 25.949/BA, Rei. Min. Luiz Fux, j . em 04.03.201 O, publicado no DJe 23.03.20 1 O). Haverá, como já se viu, um estímulo ou um retorno ao uso do mandado de segurança contra ato judicial.

Há decisão do STJ que considerou admissível a interposição do agravo regimental contra decisão do relator que nega efeito suspensivo no agravo de instrumento, já sob a vigência do novo parágrafo único do art. 527, sob o rundarnento de que o inciso l l l do mesmo an. 527 apenas diz respeito à decisão do relator que concede efeito suspensivo (STJ, 2ªT.,AG Rg na MC 1 1 .5 1 0/MT, rei. Min. Castro Meira,j.

em 03.08.2006, publicado no DJ de 2 1 .08.2006).

4.8. Extinção do processo em julgamento de agravo de instrurnento66

É possível que o processo seja extinto em julgamento de agravo de inst:rumento. Com efeito, nas palavras de Teresa Anuda Alvim Wambier, "o tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feito icto oculi, pode extinguir o processo com base no art. 267, em julgando um agravo, em que a matéria não tenha sido ventilada"67• É preciso, porém, que o agravo seja admitido. A admissão do agravo abre a jurisdição do órgão ad quem, que, em função da profundidade do efeito devolutivo do recurso, poderá apreciar toda a matéria que lhe foi posta para apreciação (art. 5 1 5 do CPC, que é a aplicação da regra da congruência na fase recursai - arts. 1 28 e 460 do CPC).

Mas não é só a matéria impugnada pelo recorrente que poderá ser apreciada: o órgão ad quem também poderá conhecer: a) as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (a1t. 5 1 5, § 1 º); b) os demais fundamentos do pedido ou da defesa, quando apenas um deles foi objeto de acolhimento pelo órgão a quo (art. 5 1 5, § 2°); c) as questões anteriores à sentença que ainda não foram decididas (ait. 5 1 6).

A apreciação da matéria impugnada pelo recorrente, bem como da matéria devolvida/trasladada por força de lei, constitui exame de mérito do recurso.

Esse exame somente pode ocorrer após o juízo positivo de admissibilidade, cuja análise lhe é preliminar. Daí se concluir que é possível, em razão da profundidade do efeito devolutivo ou simplesmente do efeito translativo, que 66. Escrito com o auxílio dos professores Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga.

67. Os agravos no CPC brasileiro. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, n. 5.3. 1 , p 340.



o tribunal, em sede de agravo, extinga todo o processo principal, desde que o recurso haja sido admitido.

Nesse caso, há uma curiosidade: o processo será extinto, mas não terá havido sentença, somente uma decisão interlocutória e um acórdão ou decisão do relator.

Daí se poder dizer que, nesse caso, "a sentença" é o acórdão ou o acórdão tem

conteúdo de sentença, produzindo seus efeitos e ostentando sua consequência de pôr termo ao processo (ou à fase de acertamento).

4.9. Agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença68

Questão i nteressante é a de saber qual o destino a ser dado ao agravo de instrumento pendente de julgamento no tribunal nos casos em que já sobreveio sentença no processo em que fora proferida a decisão i nterlocutória por ele impugnada. Isto porque não são raros os casos em que o tribunal, tendo notícia da prolação de sentença pelo juízo de primeira instância, entende, só por isso, que está prejudicado o agravo de instrumento. A questão se torna ainda mais interessante quando se acrescenta a ela um outro dado: e se contra a sentença superveniente não for interposto qualquer recurso? Qual o destino a ser dado ao agravo de instrumento?

A solução dada às questões não é pacífica69•

Há quem diga que, admitido o agravo de instrumento, a decisão do tribunal, seja a que o acolhe ou a que o rejeita, substitui a decisão interlocutória, de modo que a sentença, por ter sido proferida por juízo singular, não poderia ser incompatível com a decisão tomada pelo órgão colegiado nos autos do agravo de instrumento. Este é o chamado critério da hierarquia e com base nele se entende que, justamente porque há a possibilidade de as decisões serem incompatíveis (acórdão do agravo e sentença), o agravo de instrumento não fica prejudicado por conta da superveniência de sentença. Os efeitos desta decisão final, portanto, ficariam condicionados ao desprovimento do agravo - isto é, à confirmação da decisão interlocutória.

Há, por outro lado, quem diga que, por ter sido proferida com base num juízo de cognição exauriente, a sentença englobaria a decisão interlocutória impugnada

- que fora proferida com base em juízo de cognição sumária -, de modo que o agravo de instrumento perderia o seu objeto.

68. Escrito com o imprescindível auxílio de Rafael Oliveira, Professor das Faculdades Jorge Amado (BA).

69. Sobre os posicionamentos doutrinários de que se falará a seguir, ver inteiro teor cio voto cio Min. Castro Meira, nos autos cio REsp 742 5 12/DF, Rei. Ministro CASTRO M EIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 1 1 . 1 0.2005,

publicado no DJ 2 1 . 1 1 .2005 p. 206.

1 9 1

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Jmportante destacar a discussão travada no Recmso Especial nº 742.5 1 2/

DF. Neste caso, tinha-se a seguinte situação de fato: numa ação cautelar, o juízo singular indeferiu a liminar pleiteada pela parte; em agravo de instrumento, esta

liminar foi, por decisão do relator, deferida; no processo principal sobreveio sentença contrária ao autor/agravante. Surgiu, pois, a questão de se saber se ainda subsistia a liminar concedida em agravo de instrnmento ou se o agravo perdera o objeto (caindo, por consequência, a liminar ali deferida).

O Mio. Castro Meira, relator do recurso especial, chamou a atenção para o fato de que se deve analisar a situação concreta para que se saiba qual dos dois critérios deverá ser utilizado: o da hierarquia ou o da cognição. Eis as suas palavras:

"I magine-se, por exemplo, que a liminar tenha sido concedida pelo tribunal em razão do que consta do documento X. Suponha-se que, na instrução, resta comprovada a falsidade desse documento ou surgem outros elementos de convicção que reduzem o seu valor probante, tendo sido, em razão disso, julgado i mprocedente o pedido do autor. Neste caso, a sentença deve sobrepor-se à decisão do agravo, o qual perderia o objeto, pois o critério da cognição prevalece sobre o da hierarquia.

Se, entretanto, não hã modificação do quadro fãtico e probatório, nem sobrevém qualquer elemento que afaste a premissa da decisão proferida pelo tribunal no agravo, então prevalece a hierarquia, não perdendo o agravo o seu objeto.

Conclui-se: se não houve alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar".7º

Neste recurso especial, a Min. Eliana Calmon proferiu voto divergente, no qual afumou o seguinte:

"Por essas razões, não aceito o critério da hierarquia, pois adoto o da cognição.

Entendo que a sentença tem prevalência sobre a decisão do Tribunal. É natural que caia por terra a decisão interlocutória que foi examinada no Tribunal, à vista dos pressupostos pertinentes a uma interlocutória, em cognição sumária. Este é o princípio, mas naturalmente existem exceções. Excepcionalmente, diante dopericu/11111 in mora, quando comprovada a inutilidade do processo se não se preservar a situação fática, será possível a quebra do princípio".71

70. Voto do Min. Castro Meira, nos autos do REsp 742512/DF, Rei. M inistro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 1 1 . 10.2005, DJ 2 1 . 1 1 .2005, p. 206.

7 1 . Voto da Min. Eliana Calmon, nos autos do REsp 7425 1 2/DF, Rei. Ministro CASTRO M EIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 1 1 . 10.2005, DJ 2 1 . 1 1 .2005, p. 206.

AGRAVO

O Superior Tribunal de Justiça, após voto desempate do M in. Luiz Fux, terminou por chegar à conclusão de que o agravo de instrumento, no caso concreto, não perdera o seu objeto, prevalecendo o voto do Ministro-relator Castro Meira.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, em julgado ainda mais recente, posicionou-se em sentido oposto diante de situação fática similar àquela que ensejara o recurso indicado nos parágrafos acima. Numa ação ordinária,

movida por um contribuinte contra um dos Estados-membros da Federação, ao autor se concedeu tutela antecipada, que foi confirmada pelo respectivo tribunal estadual, quando do julgamento de agravo de instrumento, mas foi denegada pelo Superior Tribunal de Justiça, em face de recurso especial interposto pelo Estado

-membro. Alegando desrespeito à decisão daquele superior tribunal, o Estado-

-membro ajuizou reclamação. Sucede que, depois disso, sobreveio no processo principal sentença favorável ao contribuinte. A relatoria coube à Min. Eliana Calmon - voto-vencido no recurso especial citado linhas atrás -, que proferiu voto no seguinte sentido:

"Há uma corrente minoritária nesta Corte, inclusive com recente julgado da Segunda Turma, a qual, filiando-se à teoria da hierarquia, entende que não pode o julgador revogar expressa ou tacitamente uma medida adotada pelo Tribunal, mesmo em juízo exauriente e de mérito, como o que ocorreu na hipótese.

O meu entendimento é no sentido de não aceitar a manutenção de uma tutela antecipada outorgada pelo Tribunal, se ela está em desacordo com a sentença de mérito proferida pelo juiz de primeiro grau".72

O Min. Luiz Fux, concordando com o entendimento da Min. El iana Calmon, chegou a afirmar o seguinte:

"Essa reclamação seria o mesmo que dizer o seguinte: 'Se o tribunal defere tutela antecipada, paralisa-se o processo e o juiz não pode proferir uma sentença de mérito'.

Se acolhêssemos a reclamação, geraríamos essa perplexidade".73

E com isso o Superior Tribunal de Justiça terminou por entender que a superveniência da sentença de mérito esvaziava o conteúdo do julgamento do recurso especial interposto contra acórdão do tribunal, no qual se denegara a concessão da tutela antecipada.

As situações ora narradas se contrapõem na medida em que o mesmo argumento utilizado pelo STJ para dar por prejudicada a reclamação também serviria 72. Voto da Min. Eliana Calmon, nos autos da Rei 1 444/MA, Rei. Ministra ELIANA CALMON, PRJMEIRA SEÇÃO, julgado cm 23. 1 1 .2005, DJ 19.1

2.2005, p. 203.

73. Voto do Min. Luiz Fux, nos autos da Rei 1444/MA, Rei. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SE

ÇÃO, julgado cm 23.1 1 .2005, DJ 1 9 . 1 2.2005, p. 203.

1 93

para, eventualmente, dar por prejudicado o agravo de instrumento, se ele ainda estivesse, por hipótese, pendente de julgamento no tribunal: a superveniência de decisão proferida com base em juízo de cognição exauriente.

A premissa que se deve estabelecer para o co1Teto enfrentamento do ponto é a de que a perda, ou não, do objeto do agravo pendente de j ulgamento não é questão que deva ser analisada em abstrato. A sorte do agravo de instrumento pendente de julgamento dependerá sempre da análise do caso concreto, não se podendo dizer abstratamente que a só superveniência da sentença vai gerar, ipsofacto, a perda de objeto do referido recurso.

Tal como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, "o destino que deve ser dado ao agravo, depois de proferida a sentença, depende do conteúdo da decisão impugnada".74 H á casos em que é evidente a utilidade do agravo de instrumento, mesmo sobrevindo sentença. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que é indeferido o pedido de denunciação da lide: sobrevindo sentença contrária ao litisdenunciante, por óbvio que permanecerá ele interessado no julgamento do agravo de instrumento por ele interposto contra aquela decisão interlocutória e eventualmente pendente de j ulgamento.

É o que também ocorre nos casos em que a decisão interlocutória resolve parcialmente o mérito da demanda, mediante a antecipação do julgamento de um dos seus capítulos, quando ele prescinde de dilação probatória. Nesses casos, não se pode dizer, em absoluto, que a sentença superveniente esvaziará o conteúdo do agravo de instrumento eventualmente interposto contra aquela decisão, até porque a sentença sequer poderá tangenciar o capítulo de mérito resolvido pela interlocutória, sob pena de ofensa à coisa j ulgada.

Aliás, a possibilidade de convivência entre agravo de instrumento e apelação interpostos no bojo de um mesmo processo - mas obviamente contra decisões distintas - está prevista na própria legislação. Com efeito, o caput do art. 559

do CPC é claro ao determinar que "a apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo". Tem-se aí, pois, uma nítida demonstração de que nem sempre o agravo de instrumento pendente de julgamento perderá o objeto quando sobrevier a sentença; tanto que, interposta apelação contra tal sentença, terá precedência o julgamento do agravo.

74. WAM BIER. Teresa Arruda Alvim. "O destino do agravo após a sentença'·,

in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de 0111ros meios de impugnação às decisões judiciais. elson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 689.

194



AGRAVO

Mas há casos em que, efetivamente, a superveniência da sentença termina por esvaziar o conteúdo do recurso de agravo. É o que ocorre, em regra, nos casos

em que se interpõe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional sob o fundamento de que estão ausentes os requisitos para a sua concessão. Sobrevindo sentença confirmatória da tutela antecipada, não há mais sentido em se discutir a presença ou ausência daqueles requisitos, tendo em vista o juízo de cognição exauriente com que fo i proferida esta decisão final. O mesmo acontece em relação ao agravo de instrumento interposto contra o indeferimento da litisdenunciação, nos casos em que a sentença final favorece o Jitisdenunciante.

Em suma, a questão deve ser analisada sob a ótica do interesse recursai do agravante: se, a despeito da sentença superveniente, ainda lhe for útil, de algum modo, o julgamento do agravo - é dizer, se a sua posição no processo puder ser, de alguma forma, melhorada com aquele j ulgamento - não se pode ter por prejudicado aquele recurso; se, ao contrário, a partir da prolação da sentença, o provimento ou desprovimento do agravo não tiver o condão de influenciar em sua situação processual, outro caminho não restará senão o de tê-lo por prejudicado.

Já no que tange à sorte do agravo pendente de ju lgamento nos casos em que contra a sentença não se interpôs qualquer recurso, a solução também deverá ser tomada a partir da observação do caso concreto: se a questão objeto de exame no agravo de instrumento puder influenciar diretamente na possibilidade ele examinar-se uma outra questão ou no conteúdo ela resolução ele uma outra questão - isto é, se se estiver discutindo no agravo questão preliminar ou prejudicial a uma outra questão resolvida ou decidida na sentença-, a decisão final, mesmo irrecorrida ou cuja apelação não tenha sido conhecida, estará condicionada, para que possa transitar em julgado, à solução dada ao recurso de agravo75.

Nesse sentido é a lição ele Nelson Nery Jr.:

"Sobrevindo sentença sem que tenha sido julgado, ainda, o agravo, não é necessário que o agravante 'reitere' o agravo ou apele da sentença, pois o seu inconformismo já foi exposto quando interpôs o recurso ele agravo. A sentença, no caso, é dada sob a condição de ser desprovido o agravo, a exemplo do que ocorre com a execução provisória (CPC 587 e 588). Daí a sentença não ser acobertada pela coisa j ulgada 75. Em sentido contrário, Teresa Am1da Alvim Wambier: "O destino do agravo após a sentença", in Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol.

7.

Nelson Nery Jr. e Teresa Arruela Alvim Wa111bier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 697.



material, mas apenas pela preclusão (coisa julgada formal), se o agravante não a

impugnar por apelação".76

Confira-se, ainda, o julgado do hoje Min. Cezar Peluso, ainda no tempo em que atuava no TJ/SP:

"Recurso. Agravo de instrumento. Provimento. Efeitos sobre os atos processuais praticados depois de sua interposição. Anulação automática deles, quando incompatíveis com o teor do provimento. Apelação contra sentença subsequente, não conhecida. Todos os atos processuais praticados depois da interposição de agravo de instrumento e incompatíveis com o teor do provimento dele, inclusive eventual sentença, ainda que de partilha ou de adjudicação, ficam nulos e sem efeito"77•

Chega-se a tal conclusão porque a interposição do agravo, que é recurso dotado de efeito devolutivo, obsta a preclusão acerca da questão prévia, oportunamente impugnada, não se podendo imaginar que o só fato de a sentença não ter sido impugnada pudesse retirar do agravante o direito ao j ulgamento de mérito no procedimento recursai instaurado por provocação sua. Assim, a questão subordinada, resolvida ou decidida na sentença, carece ainda de definição quanto a um dos seus pressupostos lógicos (a questão prévia, ainda não apreciada), não se podendo dizer que possa surtir plenos efeitos enquanto a questão de cuja análise depende ainda não foi resolvida.

Relativamente à questão incidente, a preclusão foi obstada pela interposição do agravo. Assim, pelo efeito devolutivo do agravo já interposto, aquela matéria não foi alcançada pela preclusão do decisum. A decorrência natural disto é que a eficácia da sentença fica condicionada ao desprovimento do recurso de agravo. Se este for provido, todos os atos posteriores do procedimento terão sido anulados e outra sentença deverá ser proferida em lugar daquela sobre a qual se operou a preclusão78.

É o que ocorre, por exemplo, com a sentença superveniente e iffecorrida, nos casos em que ela se funda em documento cuja falsidade material fora arguida oportunamente e é objeto de análise em agravo de instrumento pendente de julgamento. É o que ocorre também com a sentença fundada em prova cuja ilicitude se está discutindo em sede de agravo de instrumento, ou com a sentença proferida em processo no qual se negou a produção antecipada de prova requerida incidentemente na demanda cognitiva e que é objeto de apreciação em agravo, ou com aquela proferida em processo em que se discute a necessidade de

reunião das causas por conexão. Em 76. NERY JR., elson. "Liminar impugnJda e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento'·. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civeis ede outros meios de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 528.

77. TJSP, ApCiv 279.3 1 1-1/SP, 2'. Câm. Dir. Priv.,j. 16.04. 1 996, publicado na revista de Processo n. 95, p. 253.

Há, ainda, nesta revista, belos comentários de Francisco Glaubcr Pessoa Alves a respeito deste acórdão.

78. NERY JR., Nelson. "Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento", cit., p.

524.

todos esses casos, o agravo, uma vez provido, "derruba" a sentença, impondo-se o recomeço do procedimento, para que outra seja proferida.

4.10. Agravo de instrumento contra decisão que trata da compensação de créditos da dívida ativa com precatórios (Lei Federal n. 1 2.431/20 1 1) A Emenda Constitucional n . 62/2009 alterou o disposto no art. 1 00 d a Constituição Federal, acrescentando diversas regras relativas ao regime de precatórios, entre as quais se destacam os §§ 9° e l O, que preveem o abatimento,

a título de compensação, no valor do precatório de débitos para com a cotTespondente Fazenda Pública79.

Nos termos dos referidos §§ 9° e l O do art. 1 00 da Constituição Federal, na execução contra a Fazenda Pública, o juiz, antes de expedir o precatório ao Presidente do respectivo tribunal, solicitará à Fazenda Pública devedora, que deverá responder em até trinta dias, informações sobre débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o exequente.

Informada a existência desses débitos, seu valor cotTespoodente deverá ser abatido, a título de compensação, do montante do precatório, de forma que este seja inscrito pela diferença, já se satisfazendo, assim, o crédito que a Fazenda Pública devedora mantém frente ao exequente (CF /88, art. 1 00, §§ 9° e 1 O).

Tal compensação não será possível se o crédito que a Fazenda Pública devedora mantiver em face do exequente estiver com sua exigibilidade suspensa ou caso esteja sendo por este impugnado na via administrativa ou judicial. Também não se procederá ao referido abatimento, a título de compensação, se a Fazenda Pública não prestar as informações solicitadas pelo juízo no prazo de trinta dias.

Passado aquele prazo sem a apresentação das informações, a Fazenda Pública perderá o direito ao abatimento permitido no § 9° do art. 1 00 da Constituição Federal, tal como estabelece o § 1 O do mesmo dispositivo, restando-lhe a via da execução fiscal.

A Lei nº 1 2 .43 1 , de 27 de junho de 20 1 1 , entre outros assuntos, regulamenta essa compensação prevista nos §§ 9° e l O do art. 1 00 da Constituição Federal. Tal regulamentação é feita nos arts. 30 a 44 de tal diploma legal.

Como se viu, o juiz da execução, antes de expedir o precatório, deve detenntnar intimação da Fazenda Pública para que esta informe se há débitos do exequente a serem compensados. Nos termos do art. 3 1 da Lei nº 1 2.43 1 /20 1 1 , recebida a 79. A propósito, conferir mais detalhes em CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9'

ed. São Paulo: Dialética, 20 1 1 .

informação da Fazenda Pública, o juiz intimará o beneficiário do precatório para manifestar-se em quinze dias. Sua impugnação somente pode tratar das matérias relacionadas no § 1 ° do referido art. 3 1 , devendo suas alegações ser comprovadas documentalmente. Apresentada a impugnação, a Fazenda Pública será intimada para sobre ela manifestar-se em trinta dias. Em seguida, o juiz proferirá decisão em dez dias com limitação cognitiva, restringindo-se a identificar eventuais débitos que não possam ser compensados, o montante que deve ser submetido a abatimento e o valor líquido do precatório, devendo

considerar as deduções tributárias exigíveis no caso.

De tal decisão caberá, na dicção do art. 34 da Lei nº 1 2.43 1 /20 1 1 , agravo de instrumento, que terá efeito suspensivo e impedirá a requisição do precatório ao tribunal até o seu trânsito em julgado. Aí está, pois, um caso em que o agravo de instrumento tem efeito suspensivo ope /egis, sendo automático; não depende de decisão do relator. A decisão, uma vez prolatada, já estará suspensa, vindo a suspensão a ser estendida pela interposição do agravo de instrumento até seu julgamento final.

A novidade não é só essa.

Interposto o mencionado agravo de instrumento, cabe ao agravante, nos termos do § 2° do art. 34 da Lei nº 1 2 .43 1 /20 1 1 , requerer, no prazo de três dias, a juntada do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que o instruíram. Ajuizada a petição, o agravante terá mais h·ês dias para infonnar ao tribunal que cumpriu a exigência, ou seja, que apresentou ao juízo de primeira instância a aludida petição. Se o tribunal não for informado em tal prazo, deverá inadmitir o agravo de instrumento.

Quer isso dizer que o art. 526 do CPC aplica-se a esse agravo de instTumento, não se aplicando, entretanto, seu parágrafo único. Em outras palavras, o parágrafo único do art. 526 do CPC foi de1TOgado, sofrendo limitação em sua incidência, de sorte que não se aplica ao agravo de instrumento contra a decisão que acolhe ou rejeita a impugnação do exequente quanto à compensação de débitos em relação ao precatório a ser expedido numa execução contra a Fazenda Pública.

Nesse caso, cabe ao agravante comunicar ao juiz que interpôs o agravo e, depois, informar ao tribunal que fez o devido comunicado ao juiz, sob pena de seu agravo de instrumento não ser conhecido. Há aí um requisito de admissibilidade que deve ser comprovado pelo próprio agravante, acarretando inadmissibilidade a ser reconhecida de oficio pelo tribunal. Afasta-se, enfim, o parágrafo único do a1t.

526 do CPC nessa hipótese.



CAPÍTULO IV

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Sumário • 1. Os embargos de declaração como recurso e suas hipóteses de cabimento - 2. Efeitos dos embargos de declaração: 2 . 1 . Efeito devolutivo; 2.2. Efeito suspensivo; 2.3. O denominado efeito modificativo dos embargos de declaração ("embargos de declarnção com efeito infringente"): 2.4. Interromper o prazo de interposição de outro recurso - 3. Decisão omissa e Dispensabilidade ela oposição dos embargos de declaração - 4.

Natureza da decisão que julga os embargos de declaração - 5. Competência para o julgamento dos embargos de declaração - 6. Prazo - 7. Regularidade formal dos embargos de declaração - 8. Dispensa de preparo - 9.

Contraditório e embargos de declaração - 1 O. Multa pelo caráter protelatório - 1 1 . Embargos de declaração e prequcstionamento - 12. Embargos de declaração e o direito ao aditamento do recurso já interposto ("princípio"

da complementaridade) - 1 3 . Ratificação do recurso após julgame1110 dos embargos de Declaração. Enunciado 4 1 8 da Súmula do STJ - 14. Uniformização de jurisprudência nos embargos de declaração - 1 5. Controle de constitucionalidade e o julgamento dos embargos de declaração.

1 . OS EMBARGOS D E DECLARAÇÃO COMO RECURSO E SUAS HI

PÓTESES DE CABI MENTO

Os embargos de declaração constituem um recurso, por estarem capitulados no rol do art. 496 do CPC, atendendo, com isso, à regra da taxatividade; são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou conti- adição, sendo igualmente cabíveis quando houver omissão, ou seja, quando juiz ou tribunal tiver deixado de apreciar ponto sobre o qual deveria pronunciar-se.

Com efeito, os casos previstos para manifestação dos embargos declaratórios são e.specificos, de modo que somente são admissíveis quando houver obscuridade, contradição ou omissão em questão (ponto controvertido) sobre a qual deveria o juiz ou o tribunal pronunciar-se necessariamente. Os embargos de declaração são espécie de recurso de fundamentação vinculada.

Cabe ao embargante, nas suas razões, alegar a existência de omissão, obscuridade ou contradição. A simples alegação já é suficiente para que os embargos sejam conhecidos. Se efetivamente houve ou não a omissão, a obscuridade ou a contradição, aí a questão passa a ser de mérito recursai, sendo hipótese de acolhimento ou de rejeição.

Se, entretanto, a parte não alega sequer uma omissão, uma obscuridade, nem uma contradição, o caso é de não conhecimento dos embargos. Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça que não cabem embargos de declaração quando a parte cinge-se a postular a reconsideração da decisão, ajuizando, na verdade, um pedido de reconsideração, sob o rótulo ou com o nome de embargos

de declaração'.

1 .

Acórdão d a ! " Turma do STJ, AgRg noAREsp 187.507/MG, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima,j. 13/J 1120 12, DJe 23/1 112012. No mesmo sentido: acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp 1 .214.060/PR, rei. Min. Herman 199

Considera-se omissa a decisão que não se manifestar: a) sobre um pedido; b) sobre argumentos relevantes lançados pelas partes (para o acolhimento do pedido, não é necessário o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pela parte, mas para o não-acolhimento, sim, sob pena de ofensa à garantia do contraditório); c) sobre questões de ordem pública, que são apreciáveis de oficio pelo magistrado, tenham ou não tenham sido suscitadas pela parte.

A decisão é obscura quando for ininteligível, quer porque mal-redigida, quer porque escrita à mão com letra ilegível. Um dos requisitos da decisão judicial é a clareza; quando esse requisito não é atendido, cabem embargos de declaração para buscar esse esclarecimento.

A decisão é contraditória quando traz proposições entre si inconciliáveis. O

principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão.

Antes da reforma da legislação processual de 1 994 (Lei n. 8.950/94), também previa o CPC o cabimento dos embargos de declaração quando houvesse "dúvida"

na decisão. Decisão não tem dúvida; decisão gera dúvida. A atecnia foi corrigida, embora, no âmbito dos Juizados Especiais, permaneça a referência ao cabimento de embargos de declaração na hipótese de dúvida (art. 48 da Lei n. 9.099/95).2•3

Além da omissão, obscuridade e contradição, os embargos de declaração, como bem demonstra Luís Eduardo Simardi Femandes,4 vêm sendo admitidos para a correção de erros materiais, pois ao juiz se permite, de ofício ou a requerimento, corrigir erros ou inexatidões materiais (CPC, art. 463), não havendo, em princípio, óbice em aceitar que tais e1Tos sejam demonstrados em embargos declaratórios.

Segundo o art. 463, I, CPC, somente se permite a atuaçã.o oficiosa do magistrado, após a prolação de sentença, que encerra a sua atividade, para corrigir-lhe inexatidões materiais ou lhe retificar cálculos. Cabem, pois, embargos de declaração por erro material, podendo ser j ustificados pela omissão5.

Benjamin, j. 23/1 11201 O, DJe 4/2/201 1 .

2.

Essa desannonia legislativa deve-se ao fato (que não justifica, mas explica) de que o projeto, que se tornaria a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), tramitava no Congresso Nacional desde antes da mudança do CPC em dezembro de 1994 - e repetia o texto da Lei n. 7.244/84, que cuidava dos antigos Juizados de Pequenas Causas. Assim, tomava-se em consideração o CPC pré-refonna, que admitia o cabimento dos embargos de declaração quando houvesse dúvida.

3.

Também há uma referência à "dúvida" na Lei de Arbitragem (Lei Federal n. 9.307/96, art. 30, 11).

4.

Embargos de declaração: efeitos infringe111es. preq11estianame1110 e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribuaais RT, 2003, p. 88-94.

5.

"São cabfveis, portanto, os declaratórios para sanar erro material, constante em dicção judicial, o que amplia o rol do art. 535, CPC, admitida que é a hipótese do art. 463, 1, do CPC, diante da possibilidade de o julgador agir até mesmo de oficio. O raciocínio é bem relevante, pois poderá ser absorvido nas hipóteses de erro manifesto no exame de requisitos formais para a admissão de procedimentos processuais, assim como alegação de fato superveniente, via declaratórios . . . " (MAZZEl, Rodrigo. "Embargos de declaração". Dos 200

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Há uma tendência jurisprudencial de ampliação do cabimento dos embargos de declaração, admitindo-os para dar ensejo à correção de "equívocos manifestos", além do erro material, tais como o erro de fato6 e até decisão ultra petita7•

Uma demonstração disso é a hipótese de cabimento dos embargos de declaração prevista no ati. 897-Ada CLT, que admite a oposição dos embargos de declaração havendo manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

Os embargos de declaração sempre foram tratados, legalmente, como um recurso a ser intentado apenas contra sentença ou acórdão, não sendo apto a tentar esclarecer ou complementar uma decisão interlocutória. Atualmente, contudo, vem sendo aceita a oposição de embargos declaratórios contra decisão interlocutória, não somente nos casos de omissão, mas igualmente nos de contradição e obscuridade.

Não restam dúvidas de que os embargos declaratórios são cabíveis contra decisão interlocutória, quando objetivam a supressão de omissão.

Realmente, o art. 535 do CPC, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos embargos, refere-se a sentença e a acórdão apenas quando menciona os casos de contradição e obscuridade. No caso de ornissão, não há alusão a sentença nem a acórdão, estabelecendo-se serem cabíveis os embargos declaratórios quando "for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal".

Significa que, havendo omissão do juiz ou do tribunal, independentemente do tipo de ato judicial proferido, cabem os embargos de declaração. Logo, em se tratando de omissão, não se discute quanto ao cabimento dos aclaratórios contra decisão interlocutória. Nesse caso, já se viu que o art. 535 do CPC não faz qualquer tipo de restrição, deixando de mencionar qual o ato judicial que seria objeto dos embargos declaratórios.

recursos. Vitória: ICE, 2002, v.2, p. 321). Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes acórdãos: a) EDEResp n. 2.874-SP; b) EDEResp n. 143.512-SP; e) EDEResp n. 1 33 . 1 27, selecionados pelo autor retromencionado.

6.

"Admitem-se embargos de declaração para corrigir flagrante e visível erro de fato em que incidiu a de

-cisão, evitando-se os percalços com a eventual interposição de R E, Reso Rcsp ou o ajuizamento de ação rescisória. Neste sentido: JTACivSP 1 1 0/256. 108/287, 1 00/178, 93/385, 86/3 1 8, 53/168; RT 562/146; RTJ

571145; Lex-JTA 105/352; RJTJRS 69/J 36" (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria, Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 6 ed. cil., p. 905).

7.

Embargos declaratórios e julgamento "ultra petita": "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLA

RAÇÃO. RETlFICAÇÀO DO DISPOSITIVO. CABIMENTO. 1 . Verificada que a decisão se fez 'ultra pelita', servem os Embargos de Declaração para adequar o provimento judicial aos termos do pedido. 2.

Embargos acolhidos para adequar o dispositivo do acórdílo, mantendo-se sua fundamentação". (STJ, 5• T., EDREsp n. 1 1 090 J/SP, rei. Min. Edson Vidigal, publicado no DJ de 03.05. 1999). "Recebem-se embargos de declaraç.'lo quando constatado julgamento 'ultra petita ', eis que o acórdão tratou de matéria que não foi objeto da impetração". (STJ, 5" T., EDl-IC n. 5414/SP, rei. Min. Cid Flaquer Scartezzini, publicado no DJ

de 16.08. 1 998).



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

No tocante aos casos de obscuridade e contradição, o art. 535 do CPC, como se anotou, restringe o cabimento dos embargos de declaração para as sentenças e acórdãos, não fazendo qualquer referência a decisão interlocutória, nem pondo a situação de fom1a genérica, como o faz o próprio dispositivo ao tratar da omissão.

Diante disso, poder-se-ia concluir não serem cabíveis os embargos declaratórios de decisão interlocutória, quando se alegasse a existência de contradição ou

obscuridade, exatamente porque o inciso I do art. 535 do CPC alude, expressamente, a sentença e acórdão, não contemplando outro tipo de ato judicial.

Acontece, porém, que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que todo pronunciamento judicial seja devidamente fundamentado, sob pena de nulidade.

Ora, não somente as sentenças e os acórdãos, mas também as decisões interlocutórias devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de, não se atendendo ao comando constitucional, haver manifesta nulidade. E, para que a decisão seja devidamente fundamentada, deve estar livre de qualquer vício, não sendo omissa, nem conh·aditória, nem obscura.

Com efeito, a omissão, a contradição e a obscuridade são vícios que subtraem da decisão a devida fundamentação. Em outras palavras, para que a decisão esteja devidamente fundamentada, é preciso que não incorra em omissão, em contradição ou em obscuridade. E, no particular, o instrumento processual destinado a suprir a omissão, eliminar a contradição e esclarecer a obscuridade consiste, exatamente, nos embargos de declaração.

Assim, e com vistas ao atendimento da exigência constitucional de que todos os pronunciamentos judiciais devem ser devidamente fundamentados, é dizer, devem estar livres de qualquer omissão, obscuridade ou contradição, resta forçoso concluir serem cabíveis embargos declaratórios para suprir omissão, eliminar contradição e esclarecer obscuridade constantes de decisão interlocutória.

Não bastasse isso, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal, reforça o cabimento dos embargos de declaração contra decisão interlocutória, na medida em que não teria sentido garantir o direito de acesso à justiça sem que se garanta a prestação de uma tutela jurisdicional clara, explícita, sem jaça, límpida e completa8.

Os embargos de declaração, não há dúvida, cabem contra acórdão, que é a decisão proferida pelos tribunais (CPC, art. J 63). Tal ato judicial, como se percebe, 8.

FERNA DES, Luís Eduardo Simardi. Embargos de declaração: efeitos i11fri11ge111es, preq11estio11ame1110

e 0111ros aspectos polémicos. São Paulo: RT, 2003, p. 47-48. Nesse mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Am1da Alvim. Os agravos 110 CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, n. 1 1 .4, p. 466.

tem no julgamento colegiado sua definição, independentemente do conteúdo que encerre. Ora, não se discute que, mesmo que o acórdão tenha conteúdo de

decisão interlocutória, cabíveis serão os embargos de declaração. Se, neste caso, cabem os embargos, não há razão para não aceitar sua oposição contra decisão interlocutória proferida por juiz de primeira instância9.

Além da sentença e da decisão interlocutória, o juiz profere despachos, que se destinam a impulsionar o andamento do feito. Os despachos são irrecorríveis (CPC, art. 504). Como irrecoLTível despontam respeitáveis opiniões no sentido de não ser possível opor embargos declaratórios contra tal tipo de ato judicial 10•

Não obstante a autoridade de quem defende essa opinião, parece mais adequado admitir o cabimento dos embargos de declaração contra despacho. É que a nota de irrecorribilidade de um ato judicial não afasta o cabimento dos embargos de declaração. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: "Os declaratórios visam à integração do pronunciamento judicial embargado.

São cabíveis em qualquer processo, em qualquer procedimento, contra decisão monocrática ou de colegiado, e resistem, mesmo, à cláusula da irrecorribilidade".11

De todo modo, mesmo que não se admitam os embargos, nada impedirá à parte de ajuizar uma petição simples pedindo o esclarecimento ou a integração do pronunciamento judicial.

Na verdade, os embargos de declaração cabem de qualquer ato judicial, mesmo quando a lei o qualifique como irrecorrível. No particular, cumpre ceder a palavra a José Carlos Barbosa Moreira, segundo quem: "Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, expressis verbis, a qualifique de 'irrecorrível', há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração".'2

Como se observa, são cabíveis os embargos declaratórios contra despacho.

Tudo está a demonstrar, portanto, que cabem embargos de declaração não somente contra sentença e acórdão, mas também contra decisão interlocutória e, até mesmo, contra despacho, sendo igualmente cabíveis os embargos contra decisão isolada de relator, quando houver omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

9.

WAMBlER, Teresa Arruda Alvim. Os agrc1vos no CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, n. 1 1 .4, p.

466.

1 O. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direi lo processual civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, nola de rodapé nº 1 2 1 , p. 1 1 7; SOUZA, Bernardo Pimentel. lmrodução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001, n. 13.6.2., p. 304.

1 1 . Trecho de despacho do Ministro Marco Aurélio, do STF, nos Embargos no Agravo de Instrumento n.

260.674/ES, publicado no DJ de 26.06.2001, p. 84.

12. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, vol. 5, 11. 303, p. 498.

FREDIE DIDIER JR. F. LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

O STF, entretanto, possui reiteradas decisões no sentido de não admitir embargos de declaração contra decisões do relator, ao fundamento de que o recurso cabível seria o agravo regimental (agravo interno). O Min. Marco Aurélio se tem posicionado no sentido do cabimento dos embargos de declaração. 13

2. EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1. Efeito devolutivo

Já se viu que os embargos de declaração ostentam a natureza recursai. Sendo um recurso, os embargos declaratórios contêm o efeito devolutivo, impedindo que se opere a preclusão quanto à decisão embargada.

Há, contudo, quem defenda não haver efeito devolutivo nos embargos de declaração14, porquanto sejam dirigidos ao mesmo juízo que proferiu a decisão recorrida. Conforme já visto no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, não é esse o posicionamento defendido neste livro. Deve-se considerar, então, que o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para outro ou para o mesmo órgão julgador.

Signinca que os embargos de declaração, como já se acentuou, contêm efeito devolutivo. Caso não houvesse efeito devolutivo nos embargos declaratórios, a sua interposição não obstaria a preclusão da decisão embargada.

De fato, "também como decorrência do efeito devolutivo, a interposição dos embargos de declaração obsta à formação da coisa julgada ou à preclusão da decisão recorrida"15•

Exatamente por decorrer do princípio dispositivo, o recurso não deve gerar decisão fora do requerimento recursai, que acarrete, na prática, gravame ao inconformado16. Enfim, o tribunal não poderá proferir decisão mais desvantajosa ao recoITente do que aquela contra a qual interpôs o recurso, sob pena de se caracterizar a chamada reformatio in pejus11.

13. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que incabíveis embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática. Recebimento como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade. (STF, Iª T., AR.E n. 640. 1 53 ED, rei. Mina. Rosa Weber, j. em 12.06.2012, ACÓRDÃO

ELETRÔ ICO publicado ao DJe- 125, divulgado em 26.06.20 12, publicado em 27.06.2012).

14. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo CilH 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 5, 11. 143, p. 230-23 1 ; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos Recursos". Aspectos polêmicos e a111ais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 3 1 .

1 5. PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 163.

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. l111rodução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte, Mazza, 2001, p. 1 46.

1 7. CRETELLA NETO, José. Fundamentos principiológicos do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 290.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Na verdade, a proibição da reformatio in pejus decorre da conjugação do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade do recurso (CPC, art. 499) e, ainda, do efeito devolutivo18• A proibição da reformatio in pejus é princípio aplicável a todos os recurnos. Há, contudo, a possibilidade de haver reformatio in pejus no julgamento dos embargos declaratórios, quando, por exemplo, se elimina uma contradição19•

Consoante restou acentuado no item precedente, cabem embargos de declaração, na dicção do art. 535 do CPC, quando, na decisão embargada, houver omissão, obscuridade ou contradição. Daí se afirmar que os embargos contêm efeito devolutivo de argumentação vinculada, somente podendo o embargante alegar omissão, obscuridade e/ou contradição, não se U1e permitindo valer-se de outros argumentos tendentes a obter a alteração do julgado.

Se o embargante somente pode alegar omissão, obscuridade e contradição, o juízo que apreciar os embargos não deve desbordar de tais limites, restringindo-se a suprir uma omissão, eliminar uma contradição ou esclarecer uma obscuridade. Ultrapassados tais limites, haverá ofensa ao disposto no art. 535 do CPC, a caracterizar um error in procedendo que deve provocar a anulação da decisão, mediante interposição de apelação ou, se se tratar de acórdão, de recurso especial.

No j ulgamento do REsp 970. 1 90/SP, rei. Min. Nancy Andrighi, o STJ, invocando o quanto decidido no REsp 802.497/MG, enfrentou um caso digno de registro: o tribunal local, ao julgar embargos de declaração, alterou o acórdão embargado para ajustá-lo ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Daí se interpôs recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC,justamente porque não há previsão de embargos de declaração para modificar decisão que não esteja de conformidade com o entendimento de tribunal superior. Ao apreciar tal recurso, o STJ entendeu que, rigorosamente, o art. 535 do CPC teria sido violado, mas seria um exercício de inutilidade anular o julgamento, pois, restaurado o acórdão anterior do tribunal de justiça, a questão seria, inevitavelmente, erigida, uma vez mais, ao seu crivo, resultando, certamente, no provimento de novo recurso especial para ajustar o entendimento da Corte de origem à jurisprudência da Corte Superior.

Assim, faltaria final idade prática a um resultado como esse, conspirando contra

a economia processual, contra o princípio da efetividade, contra o princípio da duração razoável do processo e, até mesmo, contra a dignidade da pessoa humana, fazendo prevalecer o rigor processual para submeter a parte a um longo caminho que desaguaria na mesma conclusão já obtida.

18. NERY JR., Nelson. Princípios/1111da111en1ais - teoria geral dos recursos. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1 996, p. 152.

19. A propósito, vale a pena consultar BARIONI, Rodrigo Otávio. "Efeito infringente dos embargos de declaração". Revis la de Processo. São Paulo: RT, n. 1 05, p. 322-335.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNELRO DA CUNHA

Tal decisão é um alento e deve ser posta em destaque, por fazer prevalecer a finalidade sobre o rigor formal, garantindo a aplicação do princípio da efetividade e deixando de anular quando da invalidade não se extrai qualquer utilidade.

Reconheceu-se a existência do vício, mas se deixou de anular o acórdão recorrido, mercê da evidente inutilidade da anulação. Não custa lembrar que a

invalidade é uma sanção. Constatada a existência de vício, pode ser aplicada a sanção de invalidade, desconstituindo-se o ato viciado. Tal sanção pode, contudo, deixar de ser aplicada em prol de valores, princípios ou regras que mereçam prevalecer, tal como o STJ fez no citado caso.

2.2. Efeito suspensivo

A doutrina é uni forme em assinalar que os embargos de declaração contêm efeito suspensivo. A interpretação do art. 497 do CPC leva à conclusão de que os embargos de declaração têm efeito suspensivo da eficácia da decisão embargada.

José Carlos Barbosa Moreira manifesta-se neste sentido20. Vicente Greco Filho21, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart22 também pensam assim.

O problema, no entanto, adquire grande relevância prática quando se está diante de uma decisão liminar - notadamente porque o agravo não é recurso dotado, ex vi legis, do efeito suspensivo. De fato, embargada decisão interlocutória, eventual multa nela fixada já começa a incidir? Parece que não, até mesmo porque o próprio cumprimento da decisão pode restar comprometido pela existência dos vícios de inteligência. Se os embargos não forem acolhidos, nem por isso se pode defender a retroação da eficácia da decisão, cujos efeitos somente começar a correr após a análise dos embargos declaratórios.

Mas o tema não é tão simples.

Na verdade, a regra do direito brasileiro é a de que os recursos são dotados de efeito suspensivo, salvo quando a lei disponha em sentido contrário, como é o caso dos recursos especial e extraordinário. Não havendo nenhum dispositivo que estabeleça a ausência de efeito suspensivo nos embargos declaratórios, conclui-se que eles contêm tal efeito.

Acontece, porém, que os embargos de declaração são cabíveis contra todo e qualquer ato judicial, podendo ser opostos contra sentença, decisão interlocutória, acórdão e até despacho.

Ora, já se viu que o efeito suspensivo resulta da mera recorribilidade do ato, não decorrendo da interposição do recurso nem de sua aceitação ou de seu 20. Comemários ao Código de Proces�o Ci1•i/. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, v. 5, p. 283 e p. 557.

2 1 . Direito processual civil brasileiro. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281 .

22. Manual do processo de co11/ieci111e11to. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 574.

206

recebimento pelo juiz ou tribunal. Sendo assim, considerando que os embargos de declaração teriam efeito suspensivo, e levando em conta serem cabíveis

contra todo e qualquer ato judicial, seria curial concluir que toda decisão, uma vez proferida, estaria com sua executoriedade suspensa, até que se escoasse o prazo para a oposição de embargos declaratórios. Há quem defenda não haver efeito suspensivo nos embargos de declaração interpostos contra decisão que antecipa os efeitos da tutela23, sob pena de se lhe subtrair a efetividade e a utilidade.

Parece mais correto, contudo, perfilhar o entendimento de Flávio Cheim Jorge, para quem os embargos de declaração devem seguir a regra do recurso que seria cabível da decisão embargada ou que seja interposto após seu julgamento.

É que, pela sistemática do CPC/73, os atos judiciais são classificados para definir os recursos que poderão ser interpostos. Da sentença cabe apelação, devendo ser interposto agravo contra decisão interlocutória, ao passo que o despacho é irrecorrível. Do acórdão cabem embargos infringentes, recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso especial ou embargos de divergência. Para cada um desses recursos, há disciplina própria, a estabelecer quais os efeitos que eles têm: há, dentre eles, os que têm efeito suspensivo e os que não têm. Quanto aos embargos de declaração, são cabíveis contra todo e qualquer ato judicial, devendo, então, seguir a regra do recurso cabível na espécie. Assim, se opostos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, como o agravo não tem efeito suspensivo, os embargos também não deveriam ter24. Proferida a sentença, se a apelação estiver em uma das hipóteses descritas no art. 520 do CPC, os embargos não teriam efeito suspensivo. Do contrário, ou seja, enquadrando-se a hipótese na regra geral e tendo a apelação efeito suspensivo, então os aclaratórios, no caso, teriam também efeito suspensivo25•

2.3. O denominado efeito modificativo dos embargos de declaração ("embargos de declaração com efeito infringente") Costuma-se dizer que os embargos de declaração não podem ter como consequência a alteração da decisão. Seus objetivos seriam: a) aclarar a decisão obscura; b) eliminar a contradição; c) suprir a omissão.

A doutrina e a jurisprudência, entretanto, se aperceberam que tal conclusão não é de todo correta. José Carlos Barbosa Moreira sintetizou a questão:

"Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretaçã.o autêntica. H avendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte

23. BUENO, Cassio Scarpinella. Execução provisória e antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1 999, p.

45.

24. MAZZEI, Rodrigo Reis. "Embargos de declaração". Dos recursos. Vitória: ICE, 2002, p. 379-38 1 .

25. JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 1 1 .6.2.4., p . 295-297.

decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir a omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra. (. . .) Esse último caso é de particular delicadeza, pois às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado. Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre alguma preliminar -já relativa à admissibilidade de recurso, já concernente a qualquer circunstância que

impedira o ingresso no meritum causae, ou mesmo a aspecto deste (prescrição ou decadência) - e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame obstaria o acolhimento da preliminar".26

Recentemente, introduziu-se na CLT o art. 897-A,27 que acolhe esse ensinamento: "Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de 5

(cinco) dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso".

A doutrina costuma citar como outro exemplo de texto legislativo, o art. 1 .341

do Código de Processo Civil do Estado da Bahia28.

A j urisprudência acolheu a tese ora defendida; trata-se, atualmente, de posição bastante arraigada no Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 278: "A natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no j ulgado". O

importante é frisar que a eventual modificação do julgado não pode ser o objeto do recurso; será mera consequência do provimento do recurso29•

2.4. Interromper o prazo de interposição de outro recurso

A interposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outTos recursos cabíveis contra a mesma decisão (art. 538, CPC).

26. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 308, p. 553.

27. Acrescentado pela Lei 9.957. de 12 de janeiro de 2000.

28. "Quando no aresto houver obscuridade, ambiguidade, antinomia ou falta em um ponto sobre o qual devia haver condemnação, a parte, por simples pNição,

requererá que se declare o aresto ou se expresse o ponto omittido; o que se fará sem outra mudança 110 julgado, apresentando o relator os autos para julgamento na primeira reunião do Tribunal na forma do seu regimento".

29. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil ex1ravaga111e em vigo1: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 903.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, os embargos de declaração interpostos contra sentença suspendem o prazo para a interposição do outro recurso (recurso inominado), conforme o art. 50 da Lei Federal n. 9.099/95. Se interpostos contra acórdão da turma recursai, os embargos de declaração terão o mesmo efeito interruptivo previsto no CPC30.

Com a interposição dos embargos de declaração, o prazo se interrompe para ambas as partes. O texto legislativo é claro. O caput do art. 538 do CPC diz expressamente que a interposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes, Ministério Público e terceiros (embora o texto somente se refira às partes)31•

O s embargos d e declaração interrompem o prazo para outros recursos, salvo quando forem intempestivos ou quando manifestamente incabíveis, de acordo com o entendimento majoritário formado a partir da discussão sobre a natureza jurídica do juízo de inadmissibilidade de um recurso. Um exemplo de embargos de declaração manifestamente incabíveis merece destaque. Os embargos de declaração, para serem admitidos, devem conter alegação de omissão, obscuridade ou contradição. Se a parte, a pretexto de opor embargos de declaração, restringe-se a pedir a reconsideração do j ulgado, sem demonstrar qualquer omissão, obscuridade ou contradição, os embargos não devem ser admitidos, não interrompendo o prazo para outros recursos32•

Cabe relembrar a discussão sobre a eficácia de recurso inadmissível. Conforme visto no capítulo da teoria geral dos recursos, há forte corrente doutrinária que entende que recurso intempestivo não produz efeitos - as críticas a esse posicionamento foram expostas oportunamente. Assim, se os embargos de declaração forem intempestivos, não será considerado interrompido o prazo para a interposição do outro recurso.

30. "Embargos de Declaração: Interrupção do Prazo e RE contra Decisão de Turma Recursai. A oposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de recurso extraordimírio contra decisão de turma recursai dos juizados especiais. Com base nesse entendimento, a Turma, afastada a prematura declaração e intempestividade pelo juízo a quo, reconsiderou decisão que negara seguimento a agravo de instrumento por inobservância do disposto o arl. 544, § 1 º, do CPC, qual seja, deficiência no traslado de cópias. Entendeu-se que deve ser adotada a regra comum da interrupção dos prazos pela oposição dos embargos de declaração, prevista no Código de Processo Civil e não a norma

restritiva previsla no art. 50 da Lei 9.099/95 ("quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso."). Assim, o princípio da celeridade que predomina nos juizados especiais não pode implicar redução do prazo recursai. Agravo provido para determinar a subida do recurso extraordinário, observando-se a concessão de prazo ao recorrido para apresentar suas contrarrazões". (STF, Al n. 45 1 .078, rei. Min. Eros Grau,j. 3 1 .8.2004.).

3 1 . SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 3 1 8.

32. Acórdão da 1" Turma do STJ, AgRg no AREsp 1 87.507/MG, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima,j. 13/1 1120 12, DJe 23/1 1/20 12. No mesmo sentido: acórdão da 2" Turma do STJ, REsp 1 .214.060/PR, rei. Min. Herman Benjamin, j. 231 1 1 1201 O, DJe 4/2/20 1 1 .



NDA,

FREOIE DIDIER IR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp n. 444. 1 62-GO, entendeu que os embargos de declaração, nos termos do art. 538 do CPC, interrompem o prazo para a interposição de outros recmsos, por qualquer das partes, inclusive para a oposição de embargos de declaração contra a decisão originariamente embargada.

Para que se entenda melhor a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça, tome-se como exemplo a seguinte hipótese: imagine-se que, numa demanda proposta por João em face de José, o juízo proferiu sentença favorável àquele, tendo este restado sucumbente. José opôs contra a sentença embargos de declaração. Julgados os embargos declaratórios, poderia, a essa altura, João opor embargos de declaração, não contra a decisão que julgou os embargos, mas contra a sentença originária?

O Superior Tribunal de Justiça, no referido precedente, entendeu que sim. É

que, segundo a orientação m:inistrada naquele j ulgado, a expressão "outros recursos" é bastante abrangente, devendo alcançar também os embargos de declaração, que constituem um recurso, não havendo de ser excluído da previsão, por não ter o legislador restringido qualquer recurso da regra de interrupção contida no referido art. 538 do CPC. Desse modo, e considerando o exemplo aventado, se João não tivera oposto, desde logo, embargos de declaração, aqueles que foram intentados por José iriam interromper o prazo para que João, após o j ulgamento, pudesse apresentar os seus embargos contra aquela sentença originária.

Não parece adequada tal conclusão a que chegou o aludido precedente do Superior Tribunal de Justiça33.

Já se viu que, mercê do art. 538 do CPC, a oposição de embargos declaratórios interrompem o prazo para "outros recmsos", por qualquer das partes. Existem, no tocante a essa matéria, quatro sistemas legislativos diferentes34: a) atribuição aos embargos de efeito inteJTuptivo; b) atribuição de efeito somente suspensivo; c) permitir o exercício da pretensão à "declaração" e o de outro recurso dentro do mesmo prazo; d) admitir no pedido de declaração a ressalva do recmso interponível ou oponível no caso de provimento dos embargos.

A legislação brasileira adota o sistema da letra a, se bem que, no que concerne à sentença proferida em Juizado Especial Cível35, encampe o sistema da letra b.

33. Sobre o assunto, conferir: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Efeito intermplivo dos embargos de declaração: alcance da expressão outros recursos contida no art. 538 do CPC". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2004, n. 1 18, p. 2 1 4-230. Alguns dos argumentos contidos em tal artigo doutrinário são ora reproduzidos, nos próximos parágrafos.

34. 1\l!IRA

Vicente. Embargos de Declaraçcio 110 Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7 1 .

35. Lei nº 9.099/1995, art. 50: "Quando interpostos contra sentença, os embargos d e declaração suspenderão o prazo para recurso."

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Nem sempre foi assim, contudo.

O Código de Processo Civil de 1 939, em seu art. 862, § 5°, estabelecia que os embargos de declaração, quando desprovidos, não interrompiam o prazo para outros recursos. Com o advento do Decreto-lei nº 8.570/l 946, o referido dispositivo sofreu alteração, passando a prever que os embargos de declaração suspendiam o prazo para outros recursos, desde que não fossem tidos como protelatórios.

Atualmente, já se viu que os embargos de declaração interrompem o prazo para outros recursos, por qualquer das partes, mesmo que sejam tidos como protelatórios.

De fato, o art. 538 do CPC põe em evidência que os embargos interrompem o prazo para outros recmsos. A razão dessa opção pelo legislador é explicada por Luís Eduardo Simardi Fernandes, para quem a inlem1pção desponta como "nada mais lógico e natural, uma vez que, se assim não fosse, o embargado, se quisesse recon-er, teria de fazê-lo antes de poder ter conhecimento do teor final da decisão, pois esta ainda poderia sofrer alterações em decorrência do julgamento dos embargos'%.

Dos termos do acórdão proferido no mencionado RecLU·so Especial nº 444. 1 62-GO consta a afirmação de que a regra da interrupção do prazo é válida para ambas as partes, sendo, portanto, extensiva à parte que inicialmente não havia embargado. Tal afirmação está con-eta, mas dela não se pode extrair a conclusão de que a interrupção do prazo permite à parte que não embargou opor embargos de declaração contra a decisão originária.

Ora, cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais (CPC, art. 500). Significa que, proferida a decisão, cabe a cada uma das partes opor seus respectivos embargos de declaração. Se apenas uma delas embargar, da decisão de embargos podem caber novos embargos ou outro recurso que seja admissível na espécie, por qualquer uma delas.

É evidente, como já se viu, que a parte que opôs embargos de declaração não poderá mais intentar novos embargos contra a decisão originariamente embargada.

Poderia, isto sim, opor novos embargos contra a decisão que julgou os primeiros aclaratórios, se desta advierem vícios que ensejem o manejo de novos embargos.

Da decisão originariamente embargada, contudo, não poderá mais opor embargos, em razão da preclusão37.

36. FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Embargos de declaração: efeitos infringenteJ·. prequestionamento e outros aspectos polémicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

37. A propósito, assim leciona Bernardo Pimentel Souza: "Se é certo o cabimento de embargos contrn decis;1o prolatada em embargos, também é correto afinnarque os segundos declarn1órios devem ter como alvo o julgado 2 1 1

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Se é certo que o embargante não poderá aditar, complementar ou renovar seus embargos j á julgados, não é menos evidente que a parte contrária - que não opôs embargos no prazo legal também não poderá, somente depois do julgamento

-

daqueles embargos, pretender corrigir vícios da decisão já embargada. Além da preclusão temporal, o princípio da isonomia impede que se interrompa o prazo

para embargos de declaração para a parte que se quedou inerte, não opondo, no tempo devido, seus aclaratórios.

No processo civi 1, o princ ípio da igualdade contém previsão no art. 1 25,

[, do CPC, que o erige a norma cogente, na medida em que atribui ao juiz o dever de assegurar às partes um tratamento isonômico38. Em verdade, o que se exige do juiz é que confira às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa.

Considerando, porém, que se deve, na aplicação do princípio da isonomia, levar na devida conta a ideia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, bá regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às dernais39•

No caso a que se refere o acórdão proferido no Recurso Especial nº 444. 1 62-GO, não há qualquer razã.o nem regra específica que justifique o tratamento diferenciado para aquele que não embargou origi.nariamente. A prevalecer a conclusão a que chegou o STJ, não seria possível ao embargante aditar, complementar ou renovar seus embargos, mas à parte contrária se conferiria a possibilidade de embargar da decisão originária, mesmo não o tendo feito no prazo e forma previstos em lei. Em outras palavras, para a parte que apresentou os embargos, haveria preclusâo quanto à possibilidade de embargar novamente proferido no primeiro recurso de declaraç;1o. Realmente, os embargos declaratórios não servem para sanar omissão do próprio embargante. Por tal razão, de nada adianta interpor outro recurso de embargos, apontando vicio referente à primeira decisão embargada. Com efeito, 'são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissao'. É o que estabelece o preciso enunciado n. J 1 7 da Súmula do Supremo Tribunal Federal." (Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2' edição. Belo Horizonte: Mazza, 2001, n. 13.6.5, p. 307-308).

38. A aplicação, pelo juiz, do princípio da isonomia não decorre apenas do que dispõe o Código de Processo Civil, mas especialmente cm razão do comando constitucional (MARTINS, Nelson Juliano Schaefer.

"Principio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6, p. 76).

39. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003, passim.

EMBARGOS DE DECL/\RAÇÃO

da decisão originária, que já fora alvo dos primeiros embargos de declaração40•

A outra parte, diversamente, poderia ofertar embargos contra aquela decisão originária, conquanto não tivesse oposto embargos no primeiro momento.

Ao que parece, tal acórdão não conferiu a melhor interpretação ao art. 538

do CPC41• A conclusão a que se chegou no julgamento do Recurso Especial nº

444 . 1 62-GO foi expressamente modificada pela Corte Especial do STJ, ao j ulgar o Recurso Especial nº 330.090-RS42. Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está repleta de decisões em sentido contrário43.

Não restam dúvidas de que a interrupção do prazo vale para ambas as partes.

Entretanto, a prevalecer o entendimento de que a interrupção alcançaria também a possibilidade de haver novos embargos contra a decisão originariamente embargada, chegar-se-á à ilação de que ao embargante não se interrompe o prazo para novos embargos contra a decisão originária, dada a preclusão, mas para a parte contrária haveria tal interrupção. Nesse caso, não se estaria aplicando o dispositivo, pois a interrupção não se operaria para ambas as partes.

É inquestionável que o embargante não pode - mercê da preclusão consumativa renovar seus embargos, após seu julgamento; pode, como se viu, apresentar

-

embargos contra a decisão proferida nos anteriores embargos, mas não pode intentar novos embargos contra a decisão originariamente embargada. Se o prazo 40. "Acrescente-se que tampouco é admissível, em embargos de declaração a acórdão sobre embargos de declaração, arguir pela primeira vez a existência de qualquer dos defeitos típicos na decisão antes embargada. Exemplo: os primeiros embargos buscaram fundamento na increpação de obscuridade; desprovidos, volta à carga o embargante, por igual via, acoimando agora de omisso ou de contraditório aquele mesmo pronunciamento contra o qual interpusera os primeiros embargos. Não se lhe pode atender à alegação. A decisão supostamente defeit11osa tem de ser a que constitui objeto dos embargos presentes, jamais a outra, objeto dos embargos passados. " (OIUONE NETO, Luiz. "Embargos de Declaraçilo". Â5pectos polêmicos e aluais dos recursos cíveis: de acordo com a lei 10.35212001. NERY JR., Nelson; WAMBJER,

Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 370).

4 1 . Antonio Janyr Dali' Agnol Junior mantém o mesmo entendimento, afirmando que a interrupção do prazo alcança os embargos de declaração interpostos "conlra o acórdão nos embargos de declaração antecedentemente opostos, entenda-se, e não contra o que tenha sido atacado, pois, aí, há de prevalecer a regra da independência dos prazos prevista no art. 500 do CPC." (DALL' Agnol Jr., Antônio Janyr. "Embargos de Declaração". Revista de Processo. São Paulo: RT, 200 1 , n. 102, nota de rodapé nº 34, p. 1 O 1).

42. "PROCESSO CIVLL. PRAZO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. O prazo para a oposição dos embargos de declaração é comum a ambas as partes, esgotando-se tão logo decorrido o prazo de cinco dias contado da publicação do j ulgado; consequentemente, ainda que opostos embargos de declaração por uma das partes, o curso desse prazo não se interrompe, devendo a outra aproveitá-lo se o acórdão se ressentir de um dos defeitos previstos no art. 535, l e ll, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. Recurso especial não conhecido." (STJ, Corte Especial, REsp 330090/RS, rei. Min. Humbe1to Gomes de Barros, rei. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 07/06/2006, DJ30/J 0/2006, p. 2 1 0).

43. Assim, a propósito, STj, 2' T., EDcl nos EDcl no REsp n. 7 1 7.62 1 /SP, rei. Min. Humberto Martins,j. em 1 2.06.2007, publicado no DJ em 22.06.2007;Acórdão unânime da 2' Tunna do STJ, REsp 509.61 6/SC, rei.

Min. Franciulli Netto, j. 02/I 0/2003, DJ de 29/03/2004, p. 197; Acórdão unânime da 2ª Seção, EDEDCC

36.933/SE, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2004, DJ de 1 9/04/2004, p. 1 50.

para novos embargos de declaração não se interrompe para o embargante, por que interromperia para a parte contrária, que, no prazo e forma legais, não opôs seus embargos?

A prevalecer a conclusão de que ora se discorda, haveria, como j á se acentuou, ofensa ao princípio da isonomia, privilegiando-se a parte que não havia embargado originariamente em detrimento daquela que embargou; haveria, enfim, preclusão para uma parte, não surgindo qualquer preclusão para a outra.

É por isso que o Supremo Tribunal Federal, na mesma trilha do que ora se defende, assim entende: "Ei\lrENT A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO

CONTRA ACÓRDÃO PROLATADO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

CABIMENTO. PRAZO. LIMITES. Os embargos de declaração não interrompem o prazo para a oposição de embargos declaratórios à decisão já embargada pela parte contrária. Jurisprudência da Corte. É possível opor-se embargos de declaração contra acórdão prolatado em embargos declaratórios, evidentemente limitados à matéria veiculada no próprio acórdão embargado. Se o seu objetivo claro é o de remontar-se ao primitivo acórdão então embargado, trazendo matéria já preclusa, na tentativa de, com isso, suprir omissão de sua parte, que não o impugnara no momento adequado, impõe-se a sua inadmissão. Embargos rejeitados."44

Se, de um lado, o art. 538 do CPC, ao aludir a "outros recursos", não faz qualquer ressalva ou restrição, de outro lado, cumpre verificar que tal previsão não afasta a ocoITência de preclusão, de maneira que, se a paiie não opôs emba.rgos de declaração no prazo legal, não poderá ter esse prazo reaberto ou renovado com o julgamento de aclaratórios opostos pela parte contrária, salvo se, com a oposição dos embargos da parte contrária, os autos ficaram indisponíveis para a oposição dos embargos, a caracterizar um obstáculo judicial, rendendo ensejo à suspensão do prazo (CPC, art. 1 80)45. Nesse particular, o prazo que se abre para a parte que não embargou desde logo, não decorre do efeito intenuptivo previsto no art. 538 do CPC, mas da regra encartada no art. 1 80 do CPC, dada a existência de um obstáculo judicial.

Ainda que se aplique, na espécie, o ait. 1 80 do CPC, a regra ali contida determina apenas a suspensão do prazo, e não a interrupção, de sorte que a parte

44. Acórdão unânime da !'Turma do STF, RE 209.01 7 ED-ED/RS, rel. Min. limar Galvão,j. 1 6/06/ 1 998, DJ

de 1 1/ 1 2/ 1998, p. 8.

45. Esse é o entendimento de Luiz Orione Neto, para quem " ... permanece pelo menos uma dúvida séria nesse particular, que não ficou resolvida: opostos embargos declaratórios antes do fim do prazo para opô-los, ficará interrompido o prazo para que a outra parte oponha os seus embargos declaratórios ao mesmo

acórdão já embargado pela primeira? A tendência, indicada por Negrão, é pela negativa (a não ser, é claro, que em razão dos primeiros embargos os autos deixem de estar disponíveis ao adversário, caso em que se configura um obstáculo judicial: art. 1 80)." (Embargos de Declaração. Aspectos polêmicos e atuais dos rewrsos cíveis: de acordo com a lei JO.J52/2001. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 372-373).

prejudicada com o obstáculo, terá apenas o prazo que sobejava para opor os embargos, quando configurado o empecilho ao ajuizamento de seus aclaratórios.

3. DECISÃO OMISSA E DISPENSABILIDADE DA OPOSIÇÃO DOS EM

BARGOS DE DECLARAÇÃO

Há uma questão difícil que merece análise cuidadosa e separada.

Diante de uma decisão omissa, a oposição dos embargos de declaração é indispensável para a correção desse problema, ou poderia tribunal, no julgamento da apelação, por exemplo, proceder à integração da decisão judicial, ele mesmo ou determinando que o juízo a quo o faça?

Para responder a essa pergunta, é preciso identificar a natureza jurídica de uma decisão omissa.

O magistrado pode omitir-se no exame de uma questão. Omissão judicial é omissão no exame de uma questão.

Como visto no v. 1 deste curso, no capítulo sobre a teoria da cognição, há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (cognitio); em relação às últimas, haverá também iudicium.

Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (thema decidendum). As primeiras são as questões resolvidas incidenter tantum; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa j ulgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

H á questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas.

São as questões postas para uma solução principaliter: compõem o objeto do

juízo. Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa j ulgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da l ide deduzida e das questões decididas.

Há, então, dois tipos de decisão omissa: a) aquela que não examinou um pedido (questão principal); b) a que não examinou algum fundamento/argumento/questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (questão incidente), que efetivamente ocorreu.

Percebeu o ponto Vallisney de Souza Oliveira, classificando a omissão em total e parcial:



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

"Na omissão total existe clara e verdadeira transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, pelo fato de que nenhum pronunciamento foi exarado, ao passo que na omissão parcial há jurisdição deficiente e negação parcial do poder judicial de decidir, como, v. g., não julgamento das preliminares e de outras questões constantes exclusivamente da relação processual. Em caso de acumulação de demandas, na qual apenas um pedido (correspondente a urna demanda) foi julgado, sem que se tenha examinado o outro, parece existir omissão total, porquanto na verdade eram duas as demandas a serem julgadas

por uma única sentença, esta dividida substancialmente em capítulos".46

No primeiro caso, não se pode dizer que a decisão tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito47. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício48• Do mesmo modo, a solução dos demais pedidos, efetivamente resolvidos, não fica comprometida ou viciada pelo fato de um dos pedidos não ter sido examinado. Nesses casos, a decisão precisa ser integrada e não invalidada; não se pode invalidar o que não existe49• A integração da decisão é, como visto, uma das possíveis pretensões que podem ser deduzidas em um recurso. Integrar a deci.são é torná-la inteira, completa, perfeita; integrar a decisão não é invalidá-la.

Tanto a decisão que não examina o pedido é, neste aspecto, uma não-decisão, que é plenamente possível a repropositura de demanda que contenha pedido já formulado, porém não examinado, na medida em que não se pode falar de coisa julgada em relação ao que não foi decidido e, pois, não existe. Não pode ficar imutável e indiscutível aquilo que não se sabe o que é, porque não é (não existe)50•

O STJ entende, porém, que "se o órgão julgador se omitir em estabelecer honorários advocatícios e a sentença transitar em julgado Uulgamento final), estes não podem 46. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o principio da congruência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 270.

47. "Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, hã, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positi\ o: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de fallere, como falso; ao passo que defeito vem de deficio (facio) e sugere estar mal feito" (MIRA DA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Trmado de Direito Privado. 3 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 1 3 - 1 4).

48. "Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o thema decide11d11m foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão serú inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras palavras: a inexistência da sentença pode ser rotai ou parcial, mas em ambos os casos rege-

se pelas mesmas normas'".

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reitera

ção noutro processo". Temas de direito processual- segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247).

49. Em sentido diverso, considerando que a decisão que não examinou um pedido é nula, por exemplo, OLl

VEfRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o principio da congruéncia. cit., p. 269; BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil interpretado. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 2 ao arl. 460, p. 1.399.

50. Sobre o tema, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo'", cit., p. 241-252.

ser cobrados em ação própria" (Corte Especial, REsp. n. 886. 1 78/RS, rei. M in. Luiz Fux,j. em 02. 1 2.2009,julgamento pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos; Corte Especial, EREsp n. 462. 742/SC, rei. Mio. Barros Monteiro, rei. p/ ac.

Min. Humberto Gomes de Barros,j. em 1 5.08.2007, publicado no DJe de 24.03.2008; I" T., REsp n. 7 1 0.789/RS, rei. Min. Luiz Fux, j. em 09.09.2008, publicado no DJe de 08. 1 0.2008). A parte teria de ter oposto embargos de

declaração para sanar essa omissão. Os embargos de declaração foram considerados imprescindíveis para evitar a preclusão em torno do assunto. A orientação do STJ não tem qualquer fundamentação. Os argumentos examinados no texto não foram enfrentados.

Trata-se de orientação manifestamente equivocada. Reconhece-se a indiscutibilidade de uma não-decisão. Há "coisa julgada" sem que a questão dos honorários advocatícios tenha sido j ulgada. Aceita-se um julgamento implícito denegatório dos honorários advocatícios, em ofensa clara à garantia da motivação das decisões judiciais e à exigência de certeza das decisões. Afirmou-se, inclusive, a possibilidade de aj uizamento de futura ação rescisória, sem que se saiba, entretanto, o que será alvo de rescisão.

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria".

Situação diversa é a da decisão que, examinando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível ex officio. Nesse caso, há decisão, com um defeito que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).

Ambas as omissões podem ser sanadas com a oposição dos embargos de declaração. A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do tribunal ao constatar a omissão na decisão j udicial?

No primeiro caso, não deve o tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado; deve o tribunal determinar que o juízo a quo complete o julgamento, decidindo o pedido não examinado. O tribunal pode fazer isso independentemente de pedido na apelação51, pois, como já foi visto, a decisão recorrida não está sendo reformada ou anulada. Trata-se de um juízo de fato do tribunal, 5 1 . Com a ressalva já foi la de que a sentença, nesses casos, não eleve ser invalidada, porque decisão não há, ver esse julgado da 6" T. do STJ no REsp n. 243.988/SC, rei. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 27.1 0.2004, publicado no

DJ de 22.1 1 .2004, p. 393: " 1 . A eg. Terceira Seção desta Corte, pelas Tunnas que a compõem, firmou entendimento no sentido de que a clecretaçilo de nulidade da sentença cifra petita pode ser realizada de oficio pelo Tribunal ad quem. Nesse caso, o recurso ele apelação nfio está condicionado à prévia oposição de embargos de declaração". No mesmo sentido, fazendo-se a mesma ressalva, STJ, 6ª T., REsp n.

500.1 75/MA, rei. Min. Paulo Meclina,j. 06.04.2004, publicado no DJ de 03.05.2004, p. 22 1 .

que constata a ausência de solução de um pedido, determinando que o juízo a quo termine o seu ofício. Para que isso não impeça o prosseguimento do processo em relação aos pedidos que já foram examinados, deve o tribunal determinar a extração de cópia dos autos, para que os originais, ou a cópia, desçam ao juízo a quo, e o processo prossiga nos autos suplementares, ou nos originais, tanto faz.

É possível defender uma interpretação menos ortodoxa. (a) Diante do § 3° do art.

5 1 5 do CPC, que permite que o tribunal decida o mérito pela primeira vez em j ulgamento de apelação contra sentença terminativa (já examinado no capítulo da apelação), e (b) levando em consideração a existência de decisões que permitem, por exemplo, que a denunciação da 1 ide não examinada em primeira instância possa sê-lo no julgamento da apelação52, poderia o tribunal, se já houvesse condições de imediato julgamento. em vez de devolver os autos, decidir o pedido 11ào examinado pelo juízo a quo53• Trata-se de uma interpretação extensiva do § 3° do art. 5 1 5 do CPC, já que esse dispositivo exige, para a sua aplicação, que o juízo a quo tenha proferido um juízo de inadmissibilidade do processo, entendendo não ser o caso de examinar o pedido, situação bem diferente daquela em que o ju ízo simplesmente não examina o pedido54•

Convém assinalar, porém, que essa i nterprctação não pode lastrear-se nos §§ 1 º e 2º

do art. 5 1 5 do CPC, que dizem respeito, apenas. às questões que, no procedimento recursai, devem ser examinadas para a solução do recurso; as questões incidentes ao julgamento do recurso. Não cuidam esses parágrafos da solução de pedidos deduzidos e não resolvidos.

52. STJ, 4ª T., REsp n. 94.227-RS. rei. Min. Ruy Rosado, j. 20.08.1 996, publicado no DJ de 07. I 0.1 996, p.

37.646.

53. Assim. por exemplo, DINAMARCO, Cândido Rangel: .. Se o juiz deixou de examinar a demanda cm relação a uma das partes instaladas na relação processual, ou se desconsiderou por omissão um dos fundamentos da demanda. ou se não julgou uma das parcelas do pedido, nisso reside uma desconsideração ao direito de ação, constitucionalmente assegurado. Mas o § Iº do art. 515 preserva a validade da sentença no caso ele omissão somente quanto a um ou alguns dos fundamentos, ao estabelecer que, em apelação, todas as questões de Fato ou de direito suscitadas em primeiro grau reputam-se devolvidas à instância inferior; a consequência prática é que, em vez de anular a sentença, nesses casos o tribunal apreciará a questão não examinada pelo juiz e dará à causa, pelo mérito. a solução que merecer (salvo quando o exame desse fundamento depender de prova não realizada cm primeiro grau apesar de regularmente requerida: caso ele anulação da sentença)" (Instituições de direito procesrnal civil. São Paulo: Malheiros. 2001, ' · 3, n . 951, p. 294). Também, BUENO,

Cassio Scarpinclla. Código de Processo Civil i111erpretado, c11., p. 1 .399.

54. Fazendo a ressalva de que urna decisão que não examinou o pedido não pode ser considerada nula.

convém examinar acórdão da 5' T. do STJ, no R Esp n. 756.844/SC, rei. M in. José Arnaldo da Fonseca, j. em 1 5.09.2005, publicado no DJ de 17.1 0.2005, p. 348: "A sentença proferida cifra pelila padece de error i11 procedendo. Se não supncla a falha mediante embargos de declaração, o caso é de anulação pelo tribunal, com devolução ao órgão a quo, para novo pronunciamento. De modo nenhum se pode entender que o art. 5 1 5, §3°, autorize o órgão ad quem. no julgamento da apelação, a 'completar' a sentença ele primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capitulo(s). 111 casu. não há que se falar em mterpretação extensiva ao artigo S 15, § 3°, do CPC, quando nem sequer houve, na sentença, extinção cio processo sem julgamento do mérito, requisito este essencial à aplicação do artigo 5 1 5, § 3°. da Lei Processual Civil".

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria".

O segundo problema é de mais fácil solução. A apelação, e de resto os demais recursos, devolvem ao juízo ad quem o exame das questões suscitadas e discutidas no processo, que possam interferir na solução do objeto litigioso recursai (a pretensão do demandante), de acordo com os §§ 1 º e 2º do art. 5 1 5

do CPC.

Assim, o tribunal, ao constatar que não houve exame de um dos fundamentos ou de alguma questão relevante que tenha sido suscitada, ou mesmo uma questão cognoscível ex ojficio (que não precisa ter sido suscitada), deve ele próprio exami

-nar essas questões, não sendo o caso de devolução dos autos ao juízo a quo.55

Percebe-se, então, que a não-oposição dos embargos de declaração contra uma decisão omissa gera preclusão apenas para os próprios embargos, exatamente porque a preclusão, além de endoprocessual, restringe-se ao ato não praticado. Em outras palavras, preclusa a possibilidade de opor embargos de declaração, estes não podem mais ser uti lizados. A preclusão quanto aos embargos declaratórios não atinge outros atos processuais, nem repercute na eventual apelação que seja interposta. O que cabe verificar é se a omissão de questões incidentais ou ele matérias de ordem pública ainda não apreciadas pode ser suprida na apelação. Já se viu que sim, diante do que dispõem os §§ l º e 2º do art. 5 1 5 do CPC, permitindo a correção da omissão pelo tribunal.

Registre-se, porém, que a solução do problema muda um pouco em relação aos recursos extraordinários, por conta cio requisito do prequestionamento. Omitindo-se o tribunal acerca ele uma questão, que se pretende ver reexaminada em instância extraordinária, eleve o interessado opor embargos ele declaração com intuito ele prequestionamento. Sobre o tema, ver item mais adiante.

55. Teresa Warnbier entende que, em relação aos acórdãos, essa regra não se aplica. Emende a autora que o tribunal deve examinar todas as questões suscitadas, para que seja possível, futuramente, a interposição cio recurso extraordinário/especial contra essa decisão. A autora parte da premissa de que, no recurso excepcional, o tribunal superior somente poderá examinar as questões que houverem sido enfrentadas expressamente no acórdão recorrido, em razão da exigência do preq11es1iona111ento.

Assim para manter a coerência com a sua premissa, entende que é imprescindível a interposição dos embargos de declaração, para forçar a manifestação do tribunal sobre a questão suscitada, abrindo caminho à interposição do recurso exccpciona 1. (WA M BI ER, Teresa Arruda A lvi 111. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, passim.)

Conforme será visto no capítulo sobre os recursos extraordinários, não é essa a premissa adotada neste curso: no julgamento do recurso extraordinário, pode o tribunal superior, uma vez admitindo o recurso, enfrentar questões não examinadas no acórdão recorrido, consoante, aliás, ficou assentado no julgamento do RE n. 298.694, rei. Min.

Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 23.04.2004. Exige-se, apenas, que a questão alegada no recurso extraordinário tenha sido prequestionada, para que o recurso seja admitido; uma vez admitido, o tribunal superior pode examinar as demais questões suscitadas no processo, bem como aquelas que podem ser conhecidas ex officio.

Ademais, no primeiro caso, não haveria sequer a possibilidade teórica de alegar qualquer espécie de preclusão ou coisa julgada: se não houve decisão, a coisa julgada recairia sobre o quê? Imaginar-se-ia uma possível solução, tornando-a indiscutível? Qual: procedência, procedência parcial ou i mprocedência?

"É ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: coisa julgada não pode deixar de ser a coisa (res) que se julgou. Aquilo que não se julgou . . . não se converte, à evidência, em coisa julgada!"56

4. NATUREZA DA DECISÃO QU E J U LGA OS EMBARGOS DE DECLA RAÇÃO

Os embargos de declaração devem ser apreciados e julgados pelo mesmo órgão que proferiu a decisão embargada. Ao apreciar os embargos, o órgão julgador deverá julgá-los em decisão que contenha a mesma natureza do ato judicial embargado. Assim, se os embargos forem opostos contra sentença, serão julgados por meio de outra sentença. Se, por sua vez, forem opostos contra acórdão, haverão de ser julgados por novo acórdão.

E nem poderia ser diferente, visto que os embargos contêm o chamado efeito integrativo57, objetivando integrar, complementar, aperfeiçoar a decisão embargada, com vistas a exaurir a prestação jurisdicional que se encontra inacabada, imperfeita ou incompleta.

Não fosse assim, ou seja, caso a decisão que julgasse os embargos de declaração não ostentasse a mesma natureza da decisão embargada, não seria possível interpor, por exemplo, apelação depois de o juiz de primeira instância decidir os embargos: estes seriam julgados por decisão interlocutória posterior à sentença, devendo ser esta impugnada por agravo retido (CPC, art. 522, caput, na redação dada pela Lei n. 1 1 . 1 87/2005).

Uma situação específica merece ser destacada.

Opostos embargos de declaração contra sentença, caso o juiz entenda equivocadamente serem eles intempestivos, qual o recurso cabível? Agravo de instrumento ou apelação?

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "'Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 243. E arremata o mesmo autor: " .. . caso falte conclusão sobre algum item, não haverá sentença nessa parte, nem, pois, quanto a ela, res iudicata. Se a sentença inexistente não produz coisa julgada - proposição que ninguém questionará -, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capitulo inexistente de uma sentença". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual ão houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 247.).

57. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos civeis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001, n. 1 3 .5., p. 298.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A decisão que julga os embargos, como visto, tem a mesma natureza da decisão embargada. Opostos embargos contra sentença, a decisão que os decide também é sentença. Logo, caberia apelação. Na apelação, deve-se demonstrar a tempestividade dos embargos e, consequentemente, a da própria apelação. E aí faltaria interesse nos embargos, devendo o tribunal "complementar" a decisão na própria apelação, julgando tudo. Ficam, então, prejudicados os embargos,

devendo a questão ser resolvida na apelação.

Não custa repetir que o ato judicial que decide os embargos de declaração ostenta a mesma natureza daquele que foi objeto dos aclaratórios. Assim, opostos os embargos, por exemplo, de uma sentença, eles serão decididos por nova sentença. Na verdade, as duas sentenças devem ser somadas, perfazendo-se uma só, j ustamente porque os embargos têm, corno se viu, aquele efeito de integrar ou complementar o julgado anterior.

Desse modo, opostos embargos contra acórdão, deverão ser j ulgados por novo acórdão, não se permitindo ao relator que o faça em decisão isolada. A propósito, cumpre advertir que, nos embargos de declaração, não se permite ao relator que, aplicando o art. 557 do CPC, negue-lhe seguimento ou já lhe dê provimento.

Enfim, não se permite que o relator decida os embargos declaratórios em decisão singular, devendo submeter seu julgamento ao colegiado que emitiu o acórdão.

Com efeito, já se viu que o ato judicial que julgar os embargos irá revestir-se da mesma natureza da decisão embargada. Assim, se o ato embargado for um acórdão, os embargos hão de ser ju !gados por outro acórdão, não devendo ser decididos, isoladamente, pelo relator58. Essa conclusão é muito importante para compreender a razão pela qual é cabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão que julgar embargos de declaração, ponto que será examinado no capítulo dedicado aos embargos infringentes.

Demais disso, não se aplica aos embargos de declaração o art. 557 do CPC, pois o objetivo deste dispositivo é evitar a perda de tempo com a burocrática e demorada inclusão em pauta de julgamento, conferindo-se maior celeridade ao desfecho do recurso, quando já há posicioDamento dominante ou pacífico ou, ainda, quando já se mostra evidente a i mprocedência das alegações contidas na minuta recursal. No caso dos embargos declaratórios, não há inclusão em pauta, não sobressaindo o motivo que justifica a aplicação do referido art. 557 do CPC.

58. Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho, extraído da ementa de um acórdão do STJ: "A competência para julgamento dos embargos de declaração é sempre do órgão julgador que proferiu a decisão embargada. Assim, quando apresentados contra acórdão, é do colegiado, e nã.o do relator, a competência para o seu julgamento. E é do relator, monocraticamente, aí sim, quando ofertados contra decisão singular".

(Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 508.950/SC, cuja ementa está publicada na Revista Dialética de Direito Processual nº 9: dezembro/2003, p. 209).

221



A isso acresce a incidência, na espécie, do art. 537 do CPC, que excepciona, no caso dos embargos, a aplicação do aludido art. 557 do mesmo diploma processual. Ora, se o relator, pelo art. 537 do CPC, deve apresentar os embargos em mesa, proferindo voto, não se l he permite, então, decidir, isoladamente, os aclaratórios, cabendo-lhe submeter o caso aos seus pares, ainda que seja para não conhecer do recurso59.

Vale dizer que o art. 557 do CPC atribui ao relator o poder de decidir, isoladamente, o recurso. "É evidente, todavia, que tal atribuição não abrange os embargos de declaração, pois estes devem ser 'apresentados em mesa na sessão subsequente' (art. 537)"6º.

É possível, contudo, que os embargos de declaração sejam opostos contra decisão isolada de relator. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça admite, largamente, o cabimento dos embargos de declaração contra decisão interlocutória, seja ela proferida por juiz de primeira instância, seja ela conteúdo de acórdão ou de decisão singular de relator; em qualquer caso, o entendimento denota, inclusive, que, uma vez opostos os embargos, haverá interrupção do prazo recursal.61 Nessa h ipótese, opostos embargos de declaração contra decisão isolada de relator, é o próprio relator quem deve, em nova decisão isolada, julgar os embargos, não devendo apresentá-los em mesa para julgamento perante a Câmara ou Turma. O

relator somente deve apresentá-los em mesa para julgamento perante o colegiado, se os embargos forem opostos contra acórdão; uma vez opostos contra decisão isolada do relator, é este, em nova decisão isolada, irá julgar os embargos.

5. COMPETÊNCIA PA RA O J U LGAMENTO DOS E M BARGOS D E DE

CLARAÇÃO

A competência para julgar os embargos (tanto para o exame de admissibilidade como para o de mérito) é do mesmo juízo ou órgão jurisdicional. Seria 59. A propósito, assirnjú decidiu o STJ: "FGTS - PROCESSUALCIVIL-EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

OPOSTOS DECIDIDOS MONOCRATICAMENTE - DEACÓRDÃO DO

ÓRGÃO COLEGlADO- VlO

LAÇÃO AO ART. 557 DO CPC - NULIDADE DA DECISÃO - RECURSO PROVrDO. 1 . No caso de embargos opostos ele acórdão da Turma do T1ibunal a quo, não pode o Relator decidi-los monocraticamcnte, devendo, nos termos do art. 537 do CPC, apresentá-los em mesa par. que o colegiado se manifestasse a respeito de eventual omissão. contradição ou obscuridade no acórdão recorrido. 2. Inaplicabilidade do art.

557 do CPC à hipótese de já haver decisão do órgão colegiado. 3. Recurso provido." (Acórdão unânime da 2ºTurma do STJ, REsp 300.397/PE. rei. Min. Eliana Calmon,j. 1 2/06/2001 , publicado no DJ de 20.08.2001 , p. 438). No mesmo semido: decisão do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp n. 5 1 6.465/RS, publicada na Revista Dialética de Direito Processual nº 8 (novembro-2003), p. 1 6 1 -162.

60. CARNEIRO, Athos Gusmão. "Poderes do relator e agravo intemo- Arts. 557, 544 e 545 do CPC". Revista de Processa. São Paulo: RT, 2000. n. 100, p. 1 3 .

6 1 . Acórdão unânime da I' Tunna do STJ, REsp 478.459fRS, rei. M in. José Delgado, j. 25/02/2003, DJ de 3 1/03/2003, p. 175.

recomendável que os embargos fossem julgados pelo mesmo juiz (pessoa física), mas o CPC/73 não exige tal vinculação, não se aplicando aos embargos declaratórios o princípio da identidade física do juiz62. Esta competência não se dirige à pessoa física do juiz, "de sorte que, para o julgamento dos Edcl, é irrelevante o fato de o j uiz que proferiu a decisão embargada não mais estar em exercício perante o juízo competente"63. Se a decisão embargada é um acórdão, é o colegiado que deve decidir os embargos de declaração; se a decisão embargada tiver sido proferida por um membro do tribunal, os embargos de

declaração serão julgados em decisão unipessoal.

Seria preferível que fossem os embargos julgados pelo mesmo juiz (pessoa física), sobretudo nos casos de obscuridade e contradição (pois, ninguém melhor que o próprio juiz para esclarecer a questão, que poderá não ser também compreendida por outro juiz)64, mas não há essa obrigatoriedade, devendo os embargos ser julgados pelo mesmo juízo (órgão jurisdicional), independentemente de ser - ou não - o mesmo juiz (pessoa física).

Se, todavia, o magistrado ainda estiver exercendo as suas funções no órgão colegiado, deve ser ele o relator, aplicando-se, por analogia, o disposto no art.

1 3 2 do CPC.

6. PRAZO

Os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da i ntimação da decisão embargada. Em se tratando de parte representada por defensor público, o prazo será contado em dobro, pois o defensor público dispõe da prerrogativa de prazos em dobro (Lei nº 1 .060/1950, art. 5º, § 5°). O

M i nistério Público e a Fazenda Pública dispõem igualmente de prazo em dobro para a oposição dos embargos declaratórios (CPC, art. 1 88).

Havendo l itisconsortes com procuradores diferentes, o prazo para opor embargos declaratórios também deve ser computado em dobro65. No particular,

62. MIRANDA, Vicente. Embargos de declaração 110 processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 69. O autor, após demonstrar que o awal CPC não determina a aplicação do principio ela identidade física do juiz para os embargos de declaração, aduz, em seguida, que "o mesmo juiz (pessoa física) que prolatou a decisão embargada pode, após sua promoção ou transferência, julgar os embargos contra aquela decisão sua" (ob. cíl .. p. 70). Com o devido respeito, não parece correta essa afirmativa, pois, ainda que se aplicasse o principio da identidade física do juiz ao julgamento dos embargos declaratórios, a promoção ou transferência desvincula o juiz (CPC, art. 132).

63. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legisfaç:cio processual civil e.xtravaga111e em vigo1: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 907.

64. FERNANDES, Luís Eduardo Sirnardi. Embargos de declaração, cit., p. 103.

65. Aojulgar o AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 743.65 1/DF, rei. Min. Ari Pargendler, a 3" Turma do STJ assim entendeu: "Ainda que os litisconsortes sejam representados por diferentes procuradores, cada qual tem o 223

cumpre lembrar o teor do enunciado n. 641 da súmula do STF, que assim expressa: "não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos

litisconsortes haja sucumbido". Tal enunciado não se aplica para os embargos de declaração, porquanto não se exige sucumbência para que se oponham os embargos. De fato, cabem embargos, como se viu, quando houver omissão, obscuridade ou contradição, independentemente de haver sucumbência da parte que pretenda embargar. Então, os litisconsortes com procuradores diferentes dispõem de prazo em dobro para opor embargos de declaração, ainda que somente um deles tenha sido sucumbente.

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, o prazo para opor embargos de declaração também é de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o art. 49 da Lei nº

9.099/ 1 995.

O art. 498 do CPC foi recentemente alterado pela Lei n. 10.352/2001. Quando o acórdão contiver parte unânime e parte não-unânime, e forem interpostos embargos infringentes da parte não-unânime, fica sobrestado o curso do prazo para a interposição dos recursos extraordinários contra a parte unânime.

Não há referência ao sobrestamento do prazo para a interposição de embargos de declaração contra a parte unânime. Quid iuris?

Como bem observou a doutrina, a interposição dos embargos infringentes contra a parte não-unânime da decisão impede que o prazo para a interposição dos recursos extraordinários comece a fluir; o prazo para esses recursos nem começou a correr.66

Somente fica sobrestado o prazo para a interposição dos recursos extraordinário e especial, não havendo sobrestamento quanto ao prazo para a oposição de embargos de declaração. Sendo necessário opor embargos declaratórios, deve a parte fazê-lo desde logo, eis que o correlato prazo não estará sobrestado. Com efeito, "neste caso o interessado deverá, antes da interposição dos infringentes (independente de qual parte i nterporá), manejar os embargos de declaração prazo de 5 (cinco) dias para opor os embargos de declaração, os quais não se sujeitam ao regime do arl. 1 9 1

do Código de Processo Civil." (DJe 07 .04.2009). Tal precedente não oferece fundamentação suficiente a esclarecer a razão pela qual o art. 1 9 1 do CPC não se aplicaria aos embargos de declaração. Simplesmente afirma não ser aplicável tal prazo no âmbito dos embargos de declaração. Trata-se de precedente isolado, não se alinhando à jurisprndência fimiada no Superior Tribunal de Justiça. Não

há razão para deixar de aplicar o art. 1 9 1 do CPC quanto aos embargos de declaração.

66. WAMBIER, Teresa Am1da Arrnda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à 2"/ase da Reforma do Côdigo de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 129; JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132.

- especialmente quanto a parte unânime -, pois o 'sobrestamento' do prazo é para recurso extraordinário e para recurso especial e não para embargos de declaração". 67

O sobrestamento do prazo para a interposição dos recursos extraordinário e especial não aJcança, portanto, o prazo para a oposição dos embargos declaratórios.

De fato, "frise-se, também, que os embargos de declaração não estão aí incluídos.

O prazo dentro do qual devem ser interpostos flui normalmente".68

Vale dizer que o prazo que fica sobrestado, diante do art. 498 do CPC, é o da interposição dos recursos especial e extraordinário, não havendo tal sobrestamento para a oposição de embargos de declaração.

7. REGULARIDADE FORMAL DOS EM BARGOS DE DECLA RAÇÃO

Os embargos de declaração devem ser opostos por petição escrita, dirigida ao próprio órgão prolator da decisão embargada, contendo o pedido de compJementação do julgado, a fim de que seja suprida a omissão, eliminada a contradição, esclarecida a obscuridade e/ou corrigido o erro material.

Não obstante devam os embargos ser opostos por petição escrita, há um caso em que se permite sejam opostos oralmente: a Lei nº 9.099/1 995, em seu art. 49, ao tratar dos embargos no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, prevê seu ajuizameoto por escrito ou oralmente.

8. DISPENSA DE PREPARO

O art. 536 do CPC dispensa, expressamente, o preparo. Não há preparo, pois, nos embargos de declaração.

Aliás, o STF entende que as custas judiciais ostentam a natureza de tributo, mais especificamente de taxa, servindo para remunerar o serviço judicial. Além de remunerar o serviço judicial, as custas cobrem as despesas com nova autuação e com a devolução dos autos do órgão hierarquicamente superior ao inferior, após

o julgamento.

Eis a razão pela qual não há pagamento de custas (não há preparo, pois) nos embargos de declaração: não recebem autuação nem geram nova autuação para 67. FERREIRA, William Santos. Aspectos polêmicos e prâlicos da nova reformo processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 13. 1., p. 182.

68. WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comemários à 2ªfase da reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 129.

o processo, sendo dirigidos ao mesmo órgão julgador. Não báfato gerador para o pagamento de custas, sendo desnecessário o preparo.

9. CONTRADITÓR IO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração, na tessitura que lhe é conferida pelo CPC, não contêm contraditório. Uma vez opostos, devem ser julgados pelo juiz em 5 (cinco) dias; sendo opostos em tribunal, o relator os apresentará em mesa na

sessão subsequente, proferindo voto (CPC, art. 537).

Então, não há, em princípio, contraditório nos embargos de declaração.

Acontece, porém, que do julgamento dos embargos pode advir alteração da decisão embargada. De fato, ao suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material, o juiz ou tribunal poderá, consequentemente, alterar a decisão embargada. Nesse caso, diz-se que os embargos têm efeitos modificativos ou infringentes.

Quando os embargos têm efeito modificativo ou infringente do julgado, a j urisprudência vem entendendo haver a necessidade de contraditório. É que a parte contrária deve ter a oportun idade de participar do convencimento do juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa.

Em hipóteses assim, se os embargos forem julgados, acolhidos e acarretarem a modificação da decisão anterior, entende-se ter havido ofensa ao princípio do contraditório. Tal situação caracteriza, em verdade, um errar in procedendo, devendo ser anulada a decisão. Em outras palavras, no recurso a ser intentado deve ser postulada a anulação da decisão que acolheu os embargos.69

10. M U LTA PELO CA RÁTER PROTELATÓRIO

Já se viu que, opostos tempestivamente os embargos declaratórios, fica interrompido o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Mercê desse efeito interruptivo, os embargos de declaração sobressaem como o recurso que se revela com mais propensão a estimular o intuito de procrastinação.

Assim, na intenção de obter mais tempo, de dispor de um maior prazo ou até mesmo de protelar o andamento do feito, poderia a parte lançar mão dos embargos declaratórios, pois seu ajuizamento tempestivo tem o condão de interromper o prazo para outros recursos.

Daí, quando manifesta mente protelatórios os embargos de declaração, deve

-se aplicar a regra contida no parágrafo único do art. 538 do CPC, impondo-se a

69. STJ, 5• T., EEROMS 8.430/BA, rei. Min. Gilson Dipp,j. 09.09.2003,

publicado no DJ de 29.09.2003, p. 274; STJ. 1•T., REsp n. 491.31 1/MG, rei. Min. José Delgado,j. 06.05.2003, publicado noDJdc 09.06.2003, p. 1 89.

226

multa ali prevista. Vale dizer que, opostos embargos declaratórios, e sendo estes tidos como protelatórios, deve o juiz ou tribunal, declarando que o são,70 condenar o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um

por cento) sobre o valor da causa.

Ainda que os embargos tenham sido reputados protelatórios e tenha havido a condenação do embargante no pagamento da aludida multa, é possível que haja a oposição de novos embargos. De fato, consoante pacífico entendimento jurisprudencial, cabem embargos declaratórios contra decisão proferida em anteriores embargos de declaração, "se permanecer na nova decisão os vícios mencionados nos prirneiros"71 ou "se a nova decisão padecer de outros vícios diversos dos apontados na primitiva decisão"72.

Admite-se a interposição de embargos de declaração contra julgamento de embargos de declaração; no entanto, esses novos embargos devem apontar a existência de um daqueles vícios nesta decisão; não servem para reiterar a argumentação de embargos já interpostos e rejeitados ou não conhecidos. Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira: "O que na verdade não se admite é a tentativa de reproduzir, nos segundos embargos, crítica feita nos primeiros à decisão contra a qual haviam estes sido intcrpostos".73

Tomem-se os seguintes exemplos em consideração: opostos embargos declaratórios, em que se alegou omissão no julgado, o juiz ou tribunal os rejeitou, alegando, genericamente, a ausência de qualquer vício. Nesse caso, persiste a omissão alegada, sendo possível o manejo de novos aclaratórios. A outra hipótese: opostos embargos em que se alega omissão e o juiz ou tribunal, ao suprí-la, incorre em contradição. A nova decisão, como se vê, padece de outro vício diverso do apontado no primitivo decisum.

Desse modo, opostos embargos declaratórios, e vindo estes a ser tidos como protelatórios, deve o juiz ou tribunal condenar o embargante ao pagamento de uma multa de até lo/o sobre o valor da causa em favor do embargado. Se, ao j u lgar esses embargos, o juiz ou tribunal persistir no vício alegado ou desse julgamento surgirem novos vícios, pode o embargante opor novos embargos. Caso estes segundos embargos venham a ser tidos também como protelatórios, aquela multa de até 1% passa para até 1 0%, ficando a interposição de qualquer outro recurso (até mesmo uns terceiros embargos declaratórios) condicionada ao depósito prévio 70. Segundo finnc orientação do Superior Tribunal de Justiça, não basta que o juiz ou tribunal expresse serem os embargos prolelatórios; deve, além disso, fundamentar, demonstrando a razão pela qual seriam procrastinatórios. Nesse sentido, STJ, 3' T., REsp n. 92.285/PR, rei. Min. Nilson Naves,j. 1 6112/1 996, publicado no DJ de 03.06.1997, p. 4.642.

7 1 . JTARS 351210; RJTJRS 1 36/9 1 ; RTJ 1 25/1.344; RT 633/226.

72. RTJ 102/771 , 97/ 1 1 1 3; J711CivSP 61/216.

73. Comemários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, n. 308, p. 554.

do respectivo valor. A multa de 1 0% - fixada apenas na reiteração de embargos protelatórios - passa a constituir requisito de admissibilidade de qualquer outro recurso que venha a ser intentado pela parte, mesmo que esse recurso não se sujeite, normalmente, a preparo74•

Na opinião de ARLETE !NÊS AURELLI, a exigência de depósito do valor da multa para admissibilidade do próximo recurso é inconstitucional, aplicando-se, por analogia, o enunciado 2 1 da Súmula Vinculante do STF, de cujos termos extrai-se a seguinte dicção: "É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo". Em seu entendimento, essa multa pode ser cumulada com a multa por litigância de má fé, devendo somente ser exigida ao final, não sendo possível, haja vista sua inconstitucionalidade, ser imposta como requisito de admissibilidade para outros recursos 7; Não concordamos com essa opinião. Não nos parece seja inconstitucional a previsão contida no parágrafo único do art. 538 do CPC, nem nos parece ser aplicável ao caso o enunciado 2 1 da Súmula Vinculante do STF. Não há qualquer dispositivo constitucional violado a partir da exigência de depósito prévio da multa imposta à parte que reiterou embargos de declaração protelatórios. Nos termos de tal enunciado sumular, não se pode condicionar a admissibilidade de recurso administrativo à exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens, pois isso ofende a garantia do contraditório e da ampla defesa, além de atentar contra o direito de petição. No caso da reiteração de embargos declaratórios, há uma sanção pela conduta ilícita da parte, a qual, ao opor embargos protelatórios, já fora punida com multa de até l % sobre o valor da causa.

Mesmo com tal punição, mantém conduta ímproba e desleal, valendo dizer que a punição não foi suficiente para inibir a atitude ilícita da parte. Daí o legislador, observando gradação razoável, determina a majoração da multa, com a exigência do depósito prévio para a admissibil idade de outros recursos. A ratio decidendi dos precedentes que deram origem ao enunciado 2 1 da Súmula Vinculante do STF não guarda pertinência com a situação relativa à reiteração de embargos protelatórios, eis que a hipótese a que se refere não se identifica com a punição de uma conduta ilícita. Ademais, não há que se falar em cumulação da multa do parágrafo único do art. 538 do CPC com a multa de litigância de má fé, eis que aquela já é uma multa imposta pela litigância de má fé. A hipótese do parágrafo 74. Não parece adequado esse entendimento do STJ. "Isso porque a referida multa é imposta em razão de um ato de litigância de má-fé. Ora, as multas impostas em virlude da litigância de má-fé são contadas como c11s1as e

revertem em favor da parte contrária (CPC, art. 35). Por outro lado, a Fazenda Pública somente paga custas ao final, quando vencida (CPC, art. 27). Então, condenada na multa de até 1 0%, prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, por ter reiterado embargos de declaração pro1elatórios, a Fazenda Pública não precisa depositar o valor respectivo para interpor qualquer outro recurso, devendo a multa ser executada ao final, se ela acaso res1ar vencida na causa". (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. São Paulo: Dialética, 2003, p. 1 06). Cassio Scarpinella Bueno adota entendimento contrário, defendendo que a Fazenda Pública, nos casos do parágrafo único do art. 538 do CPC, deve sujeitar-se ao prévio e imediato pagamento da multa, para que possa intentar qualquer outro recurso (O poder público em juízo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-237).

75. AURELLI, Arlete Inês. "Aspectos polêmicos dos embargos de declaração". Aspeclos polêmicos e atuais dos recursos civeis e ass11n1os afins. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2011 , v. 12, n. 4.2, p. 25-26.

único do arl. 538 do CPC coincide com a previsão do inciso V I I do art. 1 7 do mesmo CPC, sendo apenas mais específica para os embargos de declaração. Nos dois textos normativos alude-se a uma conduta típica que caracteriza um ato de litigância de má fé.

A redação do parágrafo único do art. 538 apenas prevê uma reiteração de embargos de declaração, que, se também protelatórios, podem gerar aplicação de multa de até 10% do valor da causa. Não há previ sã.o para uma "terceira"

oposição.

Note que o silêncio parece eloquente, já que nem há menção a um eventual aumento geométrico do valor da multa, acaso novos embargos - o legislador poderia, por exemplo, ao final do dispositivo, prescrever: "e assim sucessivamente ... "

É possível interpretar o CPC no sentido de que não é possível ao interessado opor, por três vezes sucessivas, embargos de declaração. A segunda oposição abusiva gera a perda do direito de embargar pela terceira vez (é uma preclusão por ato ilícito).

Três são os fundamentos: a) a oposição dos embargos de declaração é prescindível, já que o recurso posterior pode atacar os mesmos vícios que permitem o manejo dos declaratórios; b) conforme visto, o parágrafo único do art. 538 do CPC

não prevê uma terceira oposição dos embargos, corno poderia fazer, inclusive com o aumento progressivo da multa punitiva; c) a oposição reiterada desse recurso é ardil que pode impedir indefinidamente o trânsito em julgado da decisão (na Bahia, por exemplo, há um caso conhecido em que a decisão, proferida há mais de cinco anos, ainda nã.o transitou em julgado, pois ainda se está apreciando a décima impugnação sucessiva pelos declaratórios).

l i. E M BARGOS DE DECLA RAÇÃO E PREQUESTlONAM ENTO

Havendo omissão do órgão jurisdicional na apreciação de determinada questão, que foi suscitada (e é relevante) ou é de ordem pública (passível de conhecimento ex officio),76 cabem embargos de declaração para fim corrigir o julgado, suprindo-se a omissão.

Acaso a omissão não seja suprida, não haverá prequestionamento, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado n. 2 1 1 da 76. Importante esta observação, na medida em que não se pode ventilar, nos embargos de declaração, questão que jamais havia sido suscitada. Se ninguém levantou a questão e o tribunal não se manifestou sobre ela, não se poderia cogitar de omissão. Correto, assim, o entendimento do STJ: "Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com o escopo de prequestionar lema não agitado, anteriormente, no processo. Na hipótese, não haveria 'prequestionamcnto', mas 'pós-questionamento'". (STJ, I' Turma, REsp. 3

1 .257-0-SP, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 23.05.1994).

229

súmula da jurisprudência predominante do STJ, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem. Da mesma forma, se já houver pronunciamento judicial sobre a questão, pouco importa se tenha havido ou não a provocação da parte, desnecessária a interposição dos embargos de declaração, porquanto já tenha sido satisfeita a exigência. De acordo com o enunciado n. 98 da súmula da jurisprudência dominante do STJ, embargos de declaração com intuito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Há julgados do STF no sentido de que a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, pouco importa se suprida ou não a omissão, aplicando-se, literalmente, o disposto no enunciado 356 da súmula do STF. Haveria aí o chamado prequestionamento .ficto.

O tema voltará a ser examinado, com mais profundidade, no capítulo dedicado aos recursos excepcionais.

12. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O D I RE ITO AO ADITAMENTO DO RECU RSO JÁ INTERPOSTO ("PRINCÍ PIO" DA COMPLEM ENTA RfDADE)

Pelo princípio da complementaridade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso já i nterposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer".77

Assim, se não tiver havido modificação no julgado, mas simples esclarecimento, não será cabível qualquer modificação em recurso eventualmente interposto.

Como se pode constatar com alguma facilidade, não se trata rigorosamente, também aqui, de um princípio. Há, em verdade, a incidência direta do princípio do contraditório, que garante ao recorrente o direito ao aditamento do recurso já i nterposto, para que possa impugnar a decisão em seus termos atuais, após ter sido alterada pelo acolhimento dos embargos de declaração anteriormente opostos.

Se o provimento dos embargos de declaração implicar modificação do julgado,

pode a parte, que interpusera o recurso, aditá-lo, para impugnar a parcela da clecisã.o que foi modificada. E só. Jamais entrar com outro recurso. Não pode recorrer ele novo. Trata-se de posição assente na doutrina. Além da lição de Nelson 77. NERY JR., Nelson. Teoria geral dos rec11rsos-princípiosf11ndame11tais. 5 ed. São Paulo: RT, 2001 , p. 1 55.

230

EMBARGOS DE DECLARAÇÀO

Nery Jr., anteriormente citada, seguem essa corrente Clito Fornaciari Jr.78 e Luis Eduardo Simardi Fernandes.79

13. RATIFICAÇÃO DO RECURSO A PÓS J ULGAM ENTO DOS E M BAR GOS DE DECLARAÇÃO. ENUNCIADO 418 DA SÚ M ULA DO STJ

Sabe-se que os embargos de declaração são cabíveis contra todo ato judicial, podendo ser opostos por qualquer das partes. Também se sabe que, uma vez opostos, os embargos interrompem o prazo para a i nterposição de outros recursos, por qualquer das partes (CPC, art. 538).

Não é raro que, proferida determinada decisão, uma parte oponha embargos de declaração, enquanto a parte contrária interpõe outro recurso. Opostos os embargos de declaração, o prazo para este recurso, interposto pela parte contrária, estará interrompido. Julgados os embargos, a parte terá renovado o prazo para recorrer. Não poderá, contudo, fazê-lo, pois já operada a preclusão consumativa.

Vale dizer que, opostos embargos de declaração por uma parte, o prazo para a interposição de outro recurso, por qualquer das partes, interrompeu-se. Quem, porém, já i nterpôs seu recurso, não poderá fazê-lo novamente, não obstante a reabertura do prazo a partir do julgamento dos declaratórios. Isso porque já praticou o ato processual, caracterizando a chamada preclusão consumativa. Vale ressalvar, apenas, a hipótese de, nos embargos de declaração, haver modificação da decisão, sendo, então, possível à parte que já recorreu aditar seu recurso relativamente ao trecho da decisão embargada que veio a ser alterado. É o que se extrai do chamado "princípio" da complementaridade.

Não havendo, todavia, modificação no julgamento dos embargos de declara

ção, a parte que já recorreu não pode aditar ou renovar seu recurso.

Numa situação dessas, julgados os embargos de declaração, deveria ser processado o recurso já interposto, não havendo qualquer iniciativa a ser tomada pela parte recorrente. Não tem sido esse, entretanto, o entendimento do Superior

78. Dos embargos de declaraçcio. Revista do Advogado 27/36.

79. "Não se admite que interponha novo recurso, pois o direito de recorrer já foi exercido. Autoriza-se, isso sim, que complemente aquele j<í apresentado, para

que alcance, se for o caso, a nova realidade trazida pela alteração ou complementação da decisão da qual recorreu. (. . .) De se atentar, contudo, para a circunstância de essa possibi lidade de complementação não autorizar que o recorrente amplie seu recurso para alcançar matéria da qual poderia ter recorrido desde o início, mas não o fez, uma vez que já foi ela atingida pela preclusão. Essa possibilidade de complementação ou adaptação deve atingir apenas aquilo que foi objeto da decisão nos embargos de declaração" (Embargos de declaração. São Paulo: RT, 2003, p. 142-143.).

231



no

DJe

22.03.2011

0.

fREDIE DfDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Tribunal de Justiça. Com efeito, "A Corte Especial, no j ulgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do j ulgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo."

(AgRg no Ag 1 055856/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 1 2/04/2010).

Tal entendimento consolidou‥Se no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estando o enunciado n. 418 de sua súmula, assim redigido:

"É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

Tal orientação afigura-se exagerada, não sendo compatível com o garantia constitucional do amplo acesso à justiça, além de não soar razoável. Se a parte já interpôs seu recurso, já manifestou seu i nteresse, não sendo adequado exigir uma posterior ratificação apenas porque houve j u lgamento de embargos de declaração.

Já que veio a prevalecer tal entendimento, i mpõe-se destacar que, em favor da isonomia e da coerência sistêmica, a exigência há de ser feita a qualquer recurso, e não apenas aos recursos especiais.80 Assim, j ulgados os embargos de declaração, a parte que interpôs agravo de instrumento, ou apelação, ou embargos infringentes, ou recurso extraordinário, ou embargos de divergência, deve ratificar seu recurso, sob pena de ele não ser admitido. Enfim, em razão da

necessidade de se manter unidade e coerência no sistema recursai, se se exige ratificação no recurso especial, i mpõe-se fazer essa exigência para os demais recursos.

Ademais, se é de prevalecer essa orientação do STJ, a ratificação deve ser exigida, não a partir da publicação, assim como estabelece o enunciado 418 de sua súmula, mas desde o momento em que proferido o acórdão dos embargos de declaração8'. Na verdade, o termo publicação, constante do enunciado da súmula, 80. Nesse sentido, STJ,43 T., REsp o. 659.663/MG, Rei. Min. Aldir Passarinl10 Jr.,j. em 0 1 . 1 2.2009, publicado 8 1 . Em verdade, tal exigência só poderia ser válida a partir de 06.08.2007, quando da publicação do acórdão do REsp n. 776.265/SC, ocasião em que o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento acerca da questão. Antes, conforme observado por aquele próprio Tribunal (AgRg no AI 827.293/RS, DJ

22.1 1.07, p. 193, Rei. Min. José Delgado, I º Turma), "ainda não havia se formado o entendimento deste STJ no sentido acima explicitado [REsp 776.265/SC)", pelo que "a referida decisão da Corte Especial não deve traduzir efeitos retroativos à situação em questão". A despeito desse julgamento, prevaleceu a retroatividade maléfica, a ofender a segurança jurídica e o direito adquirido processual, como observou 232

deve ser compreendido em seu sentido técnico, consistindo no momento em que a decisão é proferida, ou lançada aos autos, ou tornada pública, e não no sentido de intimação ou veiculação no Diário Oficial.

14. U N I FORM I ZAÇÃO DE J U RISPRUDÊNCIA NOS E M BARGOS DE

DECLARAÇÃO

De acordo com o art. 476 do CPC, cabe a qualquer juiz ou desembargador solicitar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação do direito, quando, a seu respeito, ocorre divergência ou, quando, no j ulgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma.

Convém lembrar a lição de Barbosa Moreira:

"De maneira alguma fica excluído a priori o cabimento do incidente no julgamento de embargos de declaração. Mas é óbvio que só se poderá pleitear a uniformização quanto a alguma tese jurídica relativa a esse recurso. Concebe-se, v. g., que acórdãos anteriores do tribunal hajam divergido na determinação dos limites em que é lícito ao órgão julgador modificar a decisão embargada, e que ao embargante interesse ver consagrada a orientação mais liberal - pressuposto necessário, por hipótese, do êxito dos seus embargos. O que não se admite é que o interessado deixe para o julgamento dos embargos de declaração requerimento de uniformização que seria oportuno quando do julgamento embargado, por dizer respeito a quaestio iuris relevante para este".82

É bem verdade que o pedido de uniformização de jurisprudência somente pode ser formulado antes de "encerrado o julgamento" sobre a questão controvertida (RTJ 87/1 .002; R T 552/161; RT 618/1 90; JTA 106/294), o que afastaria a possibilidade de ser formulado em sede de embargos declaratórios. Ocorre, porém, que o incidente de uni formização de jurisprudência pode ter lugar no julgamento de embargos declaratórios (JTA 69/231), também em relação à questão a respeito da qual seja omisso o acórdão embargado (RSTJ 73/47; JTA 991232; JTA 1 20/270).

Quando houver omissão sobre determinada matéria, ainda não terá havido julgamento acerca de tal questão, sendo conveniente prevenir a divergência no âmbito interno do tribunal. Além do mais, os embargos de declaração visam a integrar, complementar, aperfeiçoar o julgamento. Ora, se há omissão de determinada matéria e, pelos embargos, o julgamento deve ser complementado, significa que não houve, no ponto, encerramento do julgamento, sendo cabível a uniformização de jurisprudência.

FARIA. Márcio Carvalho. " A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais". Revista de

Processo. São Paulo: RT, 2009, n. 167, p. 250-269.

82. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de .Janeiro: Forense, 2002, v. 5, n. 308, p. 1 1 .

233

segurança jurídica em detrimento da celeridade processual, pois, não raras vezes,

quem mais bem aprecia a causa, percebendo detenninado detalhe, sobretudo em matéria de fato, é o prolator do voto vencido.

Com efeito, o legislador, por várias vezes, já teve a oportunidade de extinguir os embargos infringentes, preferindo, contudo, modificá-los, restringi-los, aprimorá-los ou aperfeiçoá-los a ter que aboli-los do sistema.

Em 200 1 , o legislador, ao editar a Lei oº 1 0.352/200 1 , veio, mais uma vez, a alterar o Código de Processo Civil, oportunidade em que poderia extinguir os embargos infringentes. Optou, todavia, por mantê-los, ante os benefícios que eles ainda trazem no sentido de permitir seja a causa novamente julgada pelo mesmo tribunal, quando não haja u nanimidade, a refletir, inclusive, no aspecto psicológico dos julgadores. De fato, havendo um voto vencido, e sabendo que, diante disso, poderá a parte reacender a discussão, os julgadores examinarão o caso com mais afinco2. Sua manutenção garante, ademais, a segurança jurídica, porquanto a possibilidade de desace1to ou desequilibro no julgamento colegiado é eliminada pela interposição dos embargados iofringentes3•

2. OS EM BARGOS D E N ULIDADE E INFRINGENTES DO J ULGADO

PREVISTOS PELO CPC DE 1939

Os embargos infringentes têm sua gênese no direito português, vindo a ser incorporados no direito brasileiro. A partir da Constituição Federal de 1 934, a União passou a deter a competência privativa para legislar sobre matéria de processo. Antes de ser editado o CPC/39, havia várias leis esparsas que tratavam do processo civil , destacando-se, dentre elas, a Lei nº 3 1 9, de 2511111936, cujos dispositivos cuidaram dos recursos cabíveis contra as decisões finais das então Cortes de Apelação e suas Câmaras. Seu art. 5° assim estabelecia:

"Art. 5°. Os acórdãos nos julgamentos de apelações cíveis e de agravos constituem decisões de última instância sempre que, proferidos por unanimidade de votos, confirmem as decisões recorridas, exceto nas causas de valor superior a 20 contos de réis.

Parágrafo único. Quando não houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo, caberão embargos de nulidade e infringentes do julgado, para julgamento pelo tribunal competente, nos termos da lei da organização judiciária".

2.

JORGE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual". Aspectos polémicos e otuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Warnbiere Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribw1ais, 1999, p. 262.

3.

JORGE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual"., cil., p. 262.

236

EMOARGOS DE DECLARAÇÃO

deve ser compreendido em seu sentido técnico, consistindo no momento em que

a decisão é proferida, ou lançada aos autos, ou tornada pública, e não no sentido de intimação ou veiculação no Diário Oficial.

14. UN IFORM I ZAÇÃO DE J U R ISPRUDÊNCIA NOS E MBARGOS DE DECLARAÇÃO

De acordo com o art. 476 do CPC, cabe a qualquer juiz ou desembargador solicitar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação do direito, quando, a seu respeito, ocorre divergência ou, quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma.

Convém lembrar a lição de Barbosa Moreira:

"De maneira alguma fica excluído a priori o cabimento do incidente no j ulgamento de embargos de declaração. Mas é óbvio que só se poderá pleitear a uniformização quanto a alguma tese jurídica relativa a esse recurso. Concebe-se, v. g., que acórdãos anteriores do tribunal hajam divergido na determinação dos limites em que é l ícito ao órgão j ulgador modificar a decisão embargada, e que ao embargante interesse ver consagrada a orientação mais liberal - pressuposto necessário, por hipótese, do êxito dos seus embargos. O que não se admite é que o interessado deixe para o julgamento dos embargos de declaração requerimento de uniformização que seria oportuno quando do julgamento embargado, por dizer respeito a quaestio iuris relevante para este".82

É bem verdade que o pedido de uniformização de jurisprudência somente pode ser formulado antes de "encerrado o julgamento" sobre a questão controvertida (RTJ 87/1.002; R T 5521161; RT 6181190; JTA 1061294), o que afastaria a possibilidade de ser formulado em sede de embargos declaratórios. Ocorre, porém, que o incidente de uniformização de jurisprudência pode ter lugar no julgamento de embargos declaratórios (JTA 69/231), também em relação à questão a respeito da qual seja omisso o acórdão embargado (RSTJ 73/47; JTA 991232; JTA 1 20/270).

Quando houver omissão sobre determinada matéria, ainda não terá havido julgamento acerca de tal questão, sendo conveniente prevenir a divergência no âmbito i nterno do tribunal. Além do mais, os embargos de declaração visam a integrar, complementar, aperfeiçoar o julgamento. Ora, se há omissão de determinada matéria e, pelos embargos, o julgamento deve ser complementado, significa que não houve, no ponto, encerramento do julgamento, sendo cabível a

uniformização de jurisprudência.

FARIA, Márcio Carvalho. " A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2009, n. 167, p. 250-269.

82. Come111ârios ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, n. 308, p. 1 1 .





Em suma, é possível uniformização de jurisprudência nos embargos de declaração, seja em relação a que tão que diga respeito ao julgamento dos próprios embargos, seja em relação a questão sobre a qual o acórdão embargado se omitiu.

1 5. CONTROLE DE CON TITUCIONALIDADE E O J U LGAM ENTO DOS E M BARGOS DE DECLARAÇÃO

A decretação de inconstitucionalidade incidenter tantum pode ser feita por qualquer órgão julgador brasileiro, pois o nosso sistema de controle de constitucionalidade admite o denominado controle difuso. Se o órgão for colegiado, no entanto, de acordo com o dispo-ito no art. 97 da CF/88, a decisão pela inconstitucionalidade deve ser feita pela maioria absoluta do tribunal ou do seu órgão especial.

É possível, desse modo, imaginar a interposição de embargos de declaração ao fundamento de que o juízo omitiu-se na apreciação da inconstitucionalidade da lei. Assim sendo, se o juíz for o plenário ou órgão especial do tribunal, seria possível, corrigindo a omissão, reconhecer incidenter tantum a inconstitucionalidade da lei; se o órgão colegiado for outro do tribunal (câmara, p. ex.), percebendo a omissão e a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade, deverá remeter os autos ao órgão colegiado maior, competente para processar o incidente de decretação de inconstitucionalidade; se o órgão for monocrático, poderá, corrigindo a omissão, reconh\!cer a inconstitucionalidade da lei.

Sobre o incidente de decretação de inconstitucionalidade, ver capítulo adiante, a ele dedicado.

A decretação de inconstitucionalidade incidenter tantum nos embargos de declaração poderá ocorrer desde que se relacione com questão a respeito da qual seja omisso o acórdão ou a sentença embargada. Em outras palavras, quando houver omissão sobre determinada matéria, ainda não terá havido julgamento acerca de tal questão, sendo possível haver, então, o pedido de instauração do incidente. Demais disso, podem os embargos de declaração provocar o julgamento de alguma questão de ordem pública, para cujo deslinde seja necessário proclamai; ou não, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No particular, será possível o pedido de instauração do incidente.

CAPÍTULO V

EM BARGOS INFRINGENTES

Sumário • 1 . Controvérsia sobre a manutenção dos embargos infringentes no direito positivo - 2. Os embargos de nulidade e infringentes do j ulgado previstos pelo CPC de 1939- 3. As hipóteses de cabimento dos embargos infringentes no CPC/73 - 4. Cabimento cios embargos infringentes apenas de acórdão de mérito que julgar a apelação - 5. Embargos infringentes cm ação rescisória - 6. Situações polêmicas: 6. 1 . Reexame necessário; 6.2. Embargos de declaração;

6.3. Julgamento de agravo; 6.4. Voto-médio; 6.5. Parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios - 7. Os efeitos dos embargos infringentes - 8. Os embargos infringentes e a ausência de declaração ele voto vencido - 9. As razões de decidir nos embargos infringentes (vinculação aos argumentos do voto vencido?) - 1 O. Procedimento dos embargos infringentes- 1 1 . Os embargos infringentes e o prazo para os recursos extraordinário e especial (o art. 498 do CPC).

1 . CONTROVÉ RSIA SOBRE A MANUTENÇÃO DOS EMBARGOS IN

FRINGENTES NO DI REITO POSITIVO

A manutenção dos embargos infringentes no sistema processual civil brasileiro sempre foi objeto de críticas por parcela considerável da doutrina, avultando vozes e letras que defendem, de maneira candente, sua extinção. isso porque constituiriam, para alguns, um anacronismo, na exata medida em que somente o direito brasileiro ainda os prevê, tendo sido abolidos, inclusive, do direito português, de onde surgiram. Além disso, por não deitarem raízes no direito romano ou não encerrarem outro fundamento de ordem científica, sua tendência seria a extinção, constituindo um bis in idem ou o "segundo tempo do recurso de apelação"t.

As críticas formuladas contra a manutenção dos embargos infringentes fundam-se, basicamente, em razões históricas ou no excesso de recursos que acarretariam a demora da entrega final da prestação jurisdicional. É que, com a interposição dos embargos infringentes, haveria, mais uma vez, o rejulgamento da causa, prolongando, ainda mais, o andamento do processo. Tal reapreciação da causa, dizem as críticas, já é feita no exame da apelação, sendo excessivo e repetitivo proceder-se a ela, outra vez, com os embargos infringentes. Ademais, não poderia admitir-se o cabimento de um recurso apenas em razão da existência de um voto vencido, eis que contrário à efetividade do processo um recurso com tal finalidade.

O antigo dilema entre a celeridade processual e a segurança jurídica tem mantido os embargos infringentes na sistemática recursai brasileira. Opta-se pela 1 .

MARTINS, Pedro Batista. Recursos e processos da competência originária dos rribunais. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 238-239.



segurança jurídica em detrimento da celeridade processual, pois, não raras vezes, quem mais bem aprecia a caus1, percebendo determinado detalhe, sobretudo em matéria de fato, é o prolator d voto vencido.

Com efeito, o legislador, por várias vezes, já teve a oportunjdade de extinguir os embargos infringentes preferindo, contudo, modificá-los, restringi-los, aprimorá-los ou aperfeiçoá-los a ter que aboli-los do sistema.

Em 200 1 , o legislador, ao editar a Lei nº 1 0.352/200 1 , veio, mais uma vez, a alterar o Código de Process Civil, oportunidade em que poderia extinguir os embargos infringentes. Optou todavia, por mantê-los, ante os benefícios que eles ainda trazem no sentido Je permitir seja a causa novamente julgada pelo mesmo tribunal, quando não haja unanimidade, a refletir, inclusive, no aspecto psicológico dos julgadores. Ü<' fato, bavendo um voto vencido, e sabendo que, diante disso, poderá a parte reacender a discussão, os julgadores examinarão o caso com mais afi.nco2. Sua manutenção garante, ademais, a segurança jurídica, porquanto a possibilidade de desacerto ou desequilibro no j ulgamento colegiado é eliminada pela interposição dos embargados infringentes3.

2. OS E M BARGOS DE N ULI DADE E INFRINGENTES DO JULGADO

PREVISTOS PELO CPC DE 1939

Os embargos infringentes têm sua gênese no direito português, vindo a ser incorporados no direito brasileiro. A partir da Constituição Federal de 1 934, a União passou a deter a competência privativa para legislar sobre maté1ia de processo. Antes de ser editado o CPC/39, havia várias leis esparsas que tratavam do processo civil, destacando-se, dentre elas, a lei nº 3 1 9, de 2511111 936, cujos dispositivos cuidaram dos recursos cabíveis contra as decisões finais das então Cortes de Apelação e suas Câr1aras. Seu art. 5° assim estabelecia:

"Art. 5º. Os acórdãos nos julgamentos de apelações cíveis e de agravos constituem decisões de última irlSlância sempre que, proferidos por

unanimidade de votos, confirmem as decisõe reco1Tidas, exceto nas causas de valor superior a 20 contos de réis.

Parágrafo único. Quando nã houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo, caberão embargos de nulidade e infringentes do julgado, para julgamento pelo tribunal competente, nos termos da lei da organização judiciária".

2.

JORGE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual". Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambiere Nelson ery Jr. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1 999. p. 262.

3.

JORGE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual"., cit., p. 262.

EMBARGOS INFRINGENTES

Conquanto o parágrafo não mencionasse a necessidade ou não de haver julgamento não unânime, a doutrina firmara o entendimento de que somente cabiam os embargos de nulidade e il?fringentes do julgado se houvesse o preenchimento de um dos seguintes requisitos: a) haver desconformidade entre o julgado do tribunal e o do juízo inferior' ou; b) não ser unânime o julgado do tribunal. Caso, porém, a decisão fosse proferida em causa de valor superior a 20

(vinte) contos de réis, seriam cabíveis sempre os embargos5.

Como se vê, cabiam os embargos de nulidade e infringentes do julgado, se o acórdão resultasse de julgamento: a) em agravo ou apelação; b) não unânime; c) tendo a decisão recorrida sido reformada. Se a causa tivesse valor superior a 20 (vinte) contos de réis, cabiam sempre os embargos, independentemente do conteúdo, da ocorrência de dissídio no julgamento ou da conformidade ou desconformidade com a decisão recorrida.

O CPC/39 manteve os embargos. Seu art. 808, ao enumerar os recursos então cabíveis, mencionava, no inciso II, os "embargos de nulidade ou infringentes do julgado". Por sua vez, seu art. 833 tratava de seu cabimento, denominando-os de embargos de nulidade e infi-ingentes do julgado. Já o seu art. 839 previa os embargos de nulidade ou infringentes do julgado de sentenças de primeira instância proferidas em causas de valores igual ou superior a 2 (dois) contos de réis.

Verifica-se, a partir do cotejo dos referidos dispositivos, que ora se mencionava a conjunção "ou", ora se referia à conjunção "e". Muito se discutia acerca da eventual diferença entre um ou outro tipo, perquirindo-se se realmente havia distinções e, bem assim, se se tratava de recursos diversos. Depois de muita discussão, chegou-se à conclusão de que o uso alternativo de uma ou outra conjunção não teria implicação prática, sendo certo que os dispositivos aludiam ao mesmo recurso6.

O Decreto n. 8.570, de 08.0 l . 1 946 alterou o art. 833 do CPC/39, que assim passou a ser redigido:

"Art. 833. Além dos casos em que os permitirem os arts. 783, § 2.0, e 839, admitir

-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado, quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo fôr parcial os embargos serão restritos à matéria objeto da controvérsia".

4.

O critério da dupla conformidade era utilizado para afastar o cabimento dos embargos.

5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Novas vicissitudes dos embargos infringentes". Revista de Processo.

São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 1 1 3 .

6.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Novas vicissitudes dos embargos infringentes", eit., p. 1 14.



Diante da alteração legislativa, deixou-se de utilizar o critério da dupla conformidade para afastar o cabimento dos embargos. Até então, somente cabiam os embargos se a decisão do tnbunal houvesse mod!ficado a decisão de primeira instância. Com a nova redação emprestada ao dispositivo, deixou-se de haver tal restrição, passando a ser irrele' ante, para o cabimento dos embargos, se a decisão do tribunal teria mantido ou alterado a decisão de primeira instância.

Bem se percebe que os embargos de nulidade e infringentes do julgado eram cabíveis, a partir da modi:ficaçào de 1 946, de decisão não unânime, proferida em apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança.

I mpende lembnu, a propósito, que, na sistemática do CPC/39, a apelação era o recurso cabível contra as sentenças que extinguiam o processo com julgamento do mérito. As sentenças termin !tivas - que extinguiam o processo sem julgamento do mérito - eram impugnada:, por um recurso denominado agravo de petição.

Significa que os embargos in fringentes eram cabíveis, apenas, do julgamento, por maioria de votos, da apela.;ão, ou seja, eram adequados contra acórdãos, não unânimes, que reapreciavam a sentença de mérito. Isso porque não cabiam os embargos contra acórdão proferido no julgamento de agravo de petição.

Então, cabiam embargos i lfringentes, de acordo com a previsão do CPC/39, de decisão não unânime que julgasse a apelação (recurso contra a sentença de

mérito), a ação rescisória e o mandado de segurança.

Soa intuitivo que a finalidade de tais embargos infringentes era a de dar ensejo a um novo j ulgamento, para que prevalecesse a conclusão do voto vencido.

A alteração legislativa de 1 946 não apanhou o art. 839 do CPC/39, de fonna que foram mantidos, até o advento do CPC/73, os embargos de nulidade e infringentes do julgado contra sentl.!nça ele primeira instância, proferida em causas de até 2 (dois) contos de réis.

3. AS HIPÓTESES DE CABIM ENTO DOS EM BARGOS INFRINGENTES NO CPC/73

Já se viu que os antigos embargos de nulidade e infhngentes do julgado eram cabíveis, na sistemática do CPC/39, de decisão não unânime, proferida em apelação, em ação rescisória t' em mandado de segurança.

Sobrevindo o Código de Processo Civil de 1 973, manteve-se a previsão dos embargos infringentes, subtraindo de sua nomenclatura a referência ao termo nulidade, de forma que não são mais chamados de embargos de nulidade e 238

infringen- tes do j ulgado, passando a ostentar a denominação única de embargos infringentes.

De igual modo, com a superveniência do CPC/73, suprimiu-se a previsão de cabimento de embargos infringentes de decisão não unânime proferida em mandado de segurança. Tal circunstância, aliada a outros motivos, fez com que se entendesse não ser possível o cabimento de embargos infringentes no processo de mandado de segurança (Súmula do STJ, n. 1 69),7 ainda que se trate

de julgamento, não unânime, de apelação (Súmula do STF, n. 597).8 Havia quem divergisse desta orientação. No entanto, o posicionamento jurisprudencial acabou consagrado no art. 25 da Lei n. 1 2. 0 16/2009, que veda expressamente os embargos infringentes em mandado de segurança9.

O atual CPC, em sua redação originária, previa o cabimento dos embargos infringentes em seu art. 530, sendo recomendável transcrever o teor do dispositivo:

"Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o j ulgamento proferido em apelação e ação rescisória. Se o desacordo for pru·cial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Diferentemente do que sucedia no CPC/39, a apelação cabe, no CPC/73, contra qualquer sentença, tenha ou não tenha sido apreciado o mérito da causa (CPC, art. 5 1 3). Desse modo, não é relevante, para a versão originária do atual diploma processual, a circunstância de ter havido extinção do processo com ou sem julgamento do mérito. Em ambos os casos, há Ltma sentença, a ser impugnada por apelação. Sendo julgada tal apelação por maioria de votos, caberiam os embargos infringentes, na redação originária do já citado art. 530.

Os embargos infringentes, na sistemática originária do atual CPC, cabiam de julgamentos não-unânimes proferidos em apelação ou ação rescisória, porquanto tais situações são tidas como de relevância sobranceira para o sistema.

De acordo com a regra antiga, em vigor antes da modificação levada a cabo pela Lei nº 1 0.352/2001 , para fins de cabimento dos embargos infringentes, pouco importava o conteúdo do acórdão embargado. Desde que fosse proferido por maioria de votos, era irrelevante que tivesse anulado, refo1mado ou mantido a sentença: cabíveis seriam os embargos infringentes.

7.

N. 169: "São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança".

8.

N. 597: "Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, clecidiu, por maioria de votos, a apelação".

9.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 526; conclusão X LI li do Simpósio de Curitiba (1975): "Cabem embargos in fringentcs do acórdão, não unânime, que julga apelação em processo de mandado de segurança."



FREDLE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Com o advento da Lei nº 10.352/200 1 , restaram modificadas as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, em razão de alteração do texto do art. 530

do CPC, que agora tem a seguinte redação:

"Art. 530. Cabem embargos nfringcntes quando o acórdão não unânime houver reformado, cm grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Daí se percebe que o cabin1ento dos embargos infringentes ficou ainda mais restrito.

Pelo que se infere da nov<1 redação conferida ao a11. 530 do CPC, não são mais cabíveis os embargos infnngentes, mesmo que o julgamento não tenha sido unânime, contra acórdão que: a) não conhecer da apelação; b) conhecer da apelação para anular a sentença; c) conhecer da apelação para manter a sentença; d) apreciar sentença terminativa, seja para mantê-la ou reformá-la.

Quanto à ação rescisória, não serão mais cabíveis os embargos infringentes quando o acórdão não unânime: a) não admitir a ação rescisória ou b) julgar improcedente o pedido nela formulado, confirmando o pronunciamento judicial rescindendo.

Realmente, tanto no julgamento da ação rescisó1ia como no julgamento da apelação, o acórdão deve, por primeiro, não ser unânime, para que caibam os embargos infringentes. Em qualq er caso, deve ser conhecida a apelação ou admitida a rescisória. Fora dessas hipótPses, não serão cabíveis os embargos infringentes.

O acórdão, proferido por maioria de votos, que anular a sentença deverá reconhecer um error in procerlendo, ou seja, um vício no procedimento ou um equívoco na aplicação de regras procedimentais pelo juízo de primeira instância.

Enfim, a anulação de qualquer sentença, seja terminativa ou definitiva, fará com que os autos sejam devolvidos ao juízo de primeirn instância para que profira outro ato sentenciai. Nesse caso, inadmissíveis os embargos infringentes, mesmo que o acórdão não seja unânime, pouco impo11ando se a sentença tenha sido

terminativa ou definitiva. Uma vez anulada, não se possibilitará o manejo dos embargos"º·

1 O. Nesse sentido, Luiz Rodrigues Waml ier e Teresa Arruda Alvim Wambier averbam que "a lei não se referiu à decisão (acórdão) que de11 provimen.o à apelação, mas usou a expressão '10111·er reformado a sentença, com a nitida intenção, pensamos, de realmente res1ringir a hipótese de cabimento dos embargos infringentes"

(Breves comentários à 2" fase da re;orma do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002, p. 132).

Desse enrendimenlo discorda Sérgio Shimura, defendendo que os embargos infringentes cabem tanto do acórdão que, por maioria de votos, 01111lor ou reformar a sentença ("Embargos infringentes e seu novo perfil". Aspecros polêmicos e a111ai.!c dos recursos civeis de acordo com o lei 10.35212001. Nelson ery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT. 2002, p. 503). Flávio Cheim Jorge também 240

EMBARGOS INFRINGENTES

Sendo a sentença mantida, qualquer que seja o seu conteúdo, não vindo a pêlo verificar se extinguiu o processo com ou sem julgamento do mérito, incabíveis serão os embargos infringentes. Em uma palavra, a manutenção de qualquer sentença inviabiliza a interposição dos embargos, ainda que o acórdão tenha sido tomado por maioria de votos.

A apreciação da apelação contra sentença terminativa também inviabiliza os embargos infringentes, tenha ou não tenha sido reformada a decisão por maioria

de votos. Quanto à sentença definitiva aquela que aprecia o mérito - sua ma

-

nutenção, como se viu, não pe1mite a interposição dos embargos infringentes.

A manutenção da situação anterior no julgamento da rescisória não autoriza, de igual modo, o uso dos embargos infringentes, de tal sorte que não admitida aquela ação autônoma de impugnação ou julgado improcedente o pedido formulado pela parte autora, ainda que por maioria de votos, não se poderão utilizar ditos embargos.

Os embargos continuam sendo cabíveis de acórdãos, proferidos por maioria de votos, que julguem a apelação ou a ação rescisória. A esses requisitos acrescentaram-se outros, relacionados com a modificação da situação anterior.

A Lei nº 1 0.352/200 1 , ao restringir o cabimento dos embargos infringentes em relação ao julgamento da apelação, fez ressurgir a regra contida no art. 833

do CPC/39.

Com efeito, aquele dispositivo do CPC/39 previa o então embargos de nulidade e infringentes do julgado, além de outras hipóteses, contra o acórdão não unânime que julgasse a apelação. Acontece que, àquela época, a apelação era o recurso cabível contra as sentenças de mérito. As sentenças terminativas eram impugnadas pelo agravo de petição, estando fora, portanto, do âmbito de abrangência dos embargos infringentes.

A modificação levada a cabo pela Lei nº 1 0.352/200 l restaura aquela regra, na medida em que os embargos infringentes passam a ser cabíveis, apenas, do julgamento, por maioria de votos, da apelação que julgar a sentença de mérito.

Continua, no sistema atual, a ser irrelevante o conteúdo da sentença; apreciando ou não o mérito, o recurso é o mesmo, qual seja, a apelação. O conteúdo da sentença somente passa a ter importância para o cabimento dos embargos infringentes.

entende pelo cabimenlo quando a scnlença é anulada por maioria de votos (A nova reforma processual.

São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1 07-108).

241



O

Na nova regra, não basta que o acórdão tenha sido tomado por maioria de votos e que a sentença examinada tenha apreciado o mérito. Exige-se mais: tal

sentença tem que ser reformada. Sua manutenção ou anulação não enseja o manejo dos embargos infringentes, tal como já acentuado linhas atrás.

Adotou-se o critério da dupla conformidade para inviabilizar os embar- gos infringentes. Expressado detenninado entendimento, mantido que seja pelo tribunal, não se tolera a interposição de mais um recurso no âmbito interno do tribunal, que tenha como objetivo o rejulgamento da causa. Esse, em verdade, é o motivo da alteração que restringiu os embargos infringentes, passando a ser cabíveis, apenas, quando reformada a sentença de mérito.

Finalmente, é preciso destacar que cabem embargos infringentes em falência (súmula do STJ, n. 88).

4. CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES APENAS DE ACÓR

DÃO DE M ÉRITO QUE Jl LGAR A APELAÇÃO

Cabem embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 1 0.352/2001 , quando a sentença de mérito for, no julgamento da apelação, reformada, por maioria de votos. A dicção literal do dispositivo poderia gerar a impressão de que basLa ser de mérito a sentença, vindo a ser reformada por maioria de votos.

Ao que tudo indica, o legislador reformista levou em conta a circunstância de que, extinto o processo sem j ulgamento do mérito, a parte pode renovar a demanda (CPC, art. 268), não havendo prejuízo com a eliminação, nesse caso, dos embargos infringentes 1 1 • A contrario sensu, se houver produção de coisa julgada material, restará vedada a ren vação da demanda, com maior prejuízo para parte.

Nesse caso, deve-se permitir a interposição dos embargos infringentes. Ocorre, porém, que a coisa julgada material será produzida, não pela sentença, mas sim pelo acórdão que a reexaminar, em razão do efeito substitutivo (CPC, art. 5 12).

Para que caibam os embargos infringentes, a divergência deve relacionar-se com o mérito, e não simplesmente com matéria processual.

Na verdade, parece que seria mais apropriada a redação do dispositivo se, em vez de aludir a sentença de mérito reformada por maioria de votos, utilizasse a expressão: quando a sentenç a for reformada por acórdão que apreciar o mérito

por maioria de votos. Isso porque não se atenderá ao espírito da refomia, se se 1
1 . DINAMARCO, Cândido Rangel A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 139, p. 202.

242



EMBARGOS 1 FRINGE TES

considerar uma dicção literal do dispositivo12. É que a sentença de mérito pode ser reformada por um acórdão terminativo, que extinga o processo sem j

ulgamento do mérito, por haver, por exemplo, ilegitimidade de parte. Nesse caso, poderá ser renovada a demanda, não se pennitindo a interposição dos embargos infringentes13•

No entanto, pode uma sentença terminativa ser reformada por um acórdão de mérito (CPC, art. 5 1 5, § 3º). No particular, se o julgamento, quanto ao mérito, se operar por maioria de votos, deve-se permitir a interposição dos embargos infringentes.

O novo art. 530 do CPC faz expressa menção à sentença de mérito que tenha sido reformada. Na hipótese ora aventada (CPC, art. 5 1 5, § 3°), o acórdão terá apreciado sentença terminativa, não sendo, em princípio, possível o uso dos embargos infringentes. Só que, após reformar a sentença terminativa, o tribunal prossegue no julgamento e decide, por maioria de votos, o mérito da demanda.

Houve, enfim, juízo de mérito não unânime, vindo o acórdão a substituir a sentença proferida pelo juízo de primeira instância (CPC, art. 5 1 2). Cabíveis, então, os embargos infringentes, quando o tribunal reformar a sentença terminativa para, com esteio no § 3º do art. 5 1 5 do CPC, já apreciar, por maioria de votos, o mérito da demanda.

Realmente, cumpre atentar para a mens legis: ao restringir o cabimento dos embargos infringentes, o novel diploma legal busca a existência de uma confirma

ção do julgado. Ora, se o juiz decidiu, quanto ao mérito, num sentido e o tribunal, por maioria, em sentido diverso, admitem-se os embargos infringentes para que haja a confirmação de um dos dois entendimentos.

No caso ora aventado, o espírito da norma estará sendo atendido, exatamente porque o acórdão do tribunal que, afastando a extinção prematura do feito, prosseguir no exame da lide, constituirá a primeira decisão de mérito. E, vindo a ser proferida por maioria de votos, há Lu11 dissenso acerca do tema, devendo, em nome da segurança jurídica, haver, pelo menos, uma confirmação no âmbito da j urisdição ordinária.

Se wna sentença de mérito for reformada por um acórdão não unânime de mérito, não há dúvida de que cabem os embargos infringentes. Surge a dificuldade 12. OUTTONE, Vanessa de Maria. "A nova sistemática dos embargos infringentes". A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.

Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfcld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coords.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3 10-3 1 1 .

1 3 . Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 526.





nos exemplos acima aventados. Na realidade, parece que deve ser de mérito não a sentença, mas o acórdão que a reforma por maioria de votos.

Enfim, para que caibam Of embargos infringentes, é preciso que o acórdão, proferido por maioria de votos, seja de mérito14.

5. EM BARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória desencadeia o exercício de 3 (três) juízos, a saber: a) o de admissibilidade; b) o rescindente e c) o rescisório. Pelo primeiro exame, o tribunal irá verificar se realmente é cabível a ação rescisória, perquirindo quanto à presença dos pressupostos p rocessuais e das condições da ação, bem como se houve sentença de mérito tran&itada em julgado e se a parte autora alegou uma das hipóteses encartadas em um dos incisos do art. 485 do CPC. No juízo rescindente, 14. "PROCESSUALCIVlL. EMBARGOS íNFRINGENTES.ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REFORMA SENTE ÇA TERMlNATIVA E A.i)ENTRA O JULGAMENTO DO MÉRITO. CABIMENTO.

- Nem sempre é meramente 1crmin: tivo o acórdão que julga apelação contra senlença terminativa, eis que, nos Lermos do § 3° do art. 5 1 5, ·ncs 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 .

- Se apenas o Tribunal julga o m«"rito, não se aplica o critério de dupla sucumbência, segundo o qual a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida também na sentença.

-Assim, em respeito ao devido psocesso legal, o arl. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, 1 m especial o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por '11aioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação.

- Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção. segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na pe ição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.

-A natureza da sentença, se proccs,ual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na pane dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

Recurso especial conhecido e provido." (Acórdão unânime da 3° Turma do STJ, REsp 832.370/MG, rei.

Min. Nancy Andrighi,j. 2.8.2007. publicado no DJ de 13.8.2007.) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE fNSTRUMENTO. SENTENÇA QUEACOLHEUA PRES

CRIÇÃO. CAUSA QUE DETERM1NA A EXTfNÇÃO DO PROCESSO COM O JULGAMENTO DO

MÉRITO. EMBARGOS lNFRíNGENTES OPOSTOS CONTRA APELAÇÃO QUE POR MAIORIA AFASTOU A PRESCRIÇÃO E ULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA. 1 . Esta Corte Superior de Justiça finnou entendimento de e ue, nos termos do artigo 515, parágrafo 3º, do CPC, versando a controvérsia sobre matéria exclusi\lam�nte de direito, não há nenhum óbice a que o Tribunal ad quem, em sede recursai, proceda :l. análise imediata do mérito da demanda, após o afastamento da causa de extinção do processo sem julgamento de méri o, hipótese que não guarda relação com os autos. 2.

Ajurisprudência desta Corte reconheceu o cabimento dos Embargos Lnfringentes na hipótese em que o Tribunal, no julgamento da apelação, afasta a extinção do processo e aplica a regra do art. 5 1 S, § 3°, do Código de Processo Civil, julgando o mérito da causa, ha\ endo divergência de votos. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 4'

T., AgRg no Ag n. 1.384.682/SP Rei. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 27.09.201 1 , publicado no DJe de 05.1 0.201 1)

será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada. E, finalmente, no juízo rescisório, promove-se um novo julgamento da causa.

De acordo com a regra antiga, em vigor antes da modificação levada a cabo pela Lei nº 1 0.352/2001 , para fins de cabimento dos embargos infringentes, pouco importava o conteúdo do acórdão embargado. Desde que fosse proferido por maioria de votos, era irrelevante que tivesse anulado, reformado ou mantido a sentença: cabíveis seriam os embargos infringentes. Era, igualmente, irrelevante que a ação rescisória tivesse sido acolhida ou rejeitada, ou, ainda, que tivesse sido apenas acolhido o iudicium rescindens, ou acolhidos tanto esse último como o iudicium rescissorium, seriam cabíveis os embargos infringentes, desde que o acórdão encerrasse comando majoritário, não unânime. Extinto o processo da ação rescisória por um dos motivos do art. 267 do CPC, seriam admissíveis os embargos infringentes, caso a decisão não fosse unânime.

Com a alteração levada a efeito pela Lei nº 1 0.352/200 1 , somente cabem embargos infringentes, se julgada procedente, por maioria de votos, a ação rescisória.

É preciso, em outras palavras, que tenha havido a desconstituição da coisa j ulgada, com a subsequente modificação da situação anterior, alterando-se a conclusão a que chegara a sentença rescindenda.

Caso, então, a ação rescisória não seja admitida, ainda que por maioria de votos, não cabem mais os embargos infringentes. É que, nessa hipótese, não se alterou a situação anterior, não se desconstituindo a coisa julgada.

Julgado improcedente o pedido fonnulado na ação rescisória, ainda que não unânime o acórdão, também não cabem mais os embargos infringentes. Isso porque, nesse caso, não se terá, de igual modo, alterado a situação anterior, não tendo havido a desconstituição da coisa julgada.

O julgamento da ação rescisória somente rende ensejo aos embargos infringentes, caso haja a mod!ficação da situação anterior, ou seja, caso a sentença transitada em julgado tenha sido anulada ou rescindida. No particular, deve-se recordar que o pedido formulado na ação rescisória pode dividir-se em 2 (duas) pretensões: a) juízo rescindente (iudicium rescindem;) e b) juízo rescisório (iudicium rescissorium).

O tribunal, no julgamento da rescisória, deve apreciar as duas pretensões, rescindindo a sentença e rej ulgando a demanda. O juízo rescindente está sempre presente em todas as hipóteses enumeradas no art. 485 do CPC, enquanto, em alguns casos de que é exemplo hipótese do inciso IV (ofensa ao efeito negativo da coisa j ulgada), poderá ser dispensado o juízo rescisório: a sentença será rescindida, sendo prescindível o rejulgamento da demanda.

245



Na última hipótese em que se apresenta apenas o juízo rescindente, se o julgamento der-se por maioria de votos, caberão os embargos infringentes.

Caso se configure hipótese• em que haja tanto o iudicium rescindens como o iudicium rescissorium, serão admissíveis os embargos infringentes por divergência em qualquer desses capítulos15• Da mesma forma, se, afinal, houver a desconstitui

ção da coisa julgada, será perm itida a interposição dos embargos infringentes em razão da divergência que ocorrer no juízo de admissibilidade da ação rescisória.

Perceba: não cabem embargof, infringentes em ação rescisória se não houver a desconstituição da coisa julga a; mas, sendo rescindida a decisão, o recurso cabe por divergência em qualquer capítulo (admissibilidade, rescisão ou rejulgamento).

Enfim, caberão os embargos infringentes, caso a decisão seja proferida por maioria de votos e tenha havido modificação da situação anterior, com a desconstituição da coisa julgada mate1ial que acobertava a sentença de mérito.

6. SITUAÇÕES POLÊM IC. \S

6.1. Reexame necessário

O entendimento majoritário16 registra que o reexame obrigatório previsto no art. 4 75 do CPC não ostenta natmeza recursai, sendo, em verdade, condição para que a sentença proferida nos casos arrolados no referido dispositivo legal transite em julgado.

Na realidade, o reexame obrigatório contém a mesma forma e os mesmos trâmites processuais da apel 1çã.o. Vale dizer que, "embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recw-so, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa ex vi legis (art. 475).

É ilustrativo o caso da sentenlfa contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa j urídica de direito publico apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-Li1e esse recurso na hipótese de igual resultado 15. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 528; SOUZA, Bernardo Piment�I. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 5 1 2.

16. NERY JR., Nelson. Pri11cípios fi111damentais - teoria geral dos recursos. 3 ed. São Paulo: RT, 1996; GIANESINI, Rita. "A Fazenda Pú >lica e o reexame necessário". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de i111pugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: R·I , 2001. Conlra, admitindo a natureza recursai do reexame necessário: ASSIS, Araken de. "Admissibilid ide dos embargos infringentes em reexame necessário". Aspectos polêmicos e aluais dos recursos civei; e de outras formas de i111p11g11ação às decisões judiciais. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 200 1 .

em simples revisão obrigatória - o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar"17.

O antigo TFR (Tribunal Federal de Recmsos) admitia essa possibilidade, consagrando o seu entendimento no enunciado n. 77 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa ex officio (CPC, art. 475)". No Simpósio de

Direito Processual de Curitiba, em 1 975, em que as primeiras conclusões sobre o à época recente CPC, adotou-se o mesmo posicionamento: "42. Cabem embargos infringentes do acórdão, não unânime, proferido nas causas sujeitas ao duplo grau de jurisdição". Esse é o entendimento que se reputa mais correto.

O STJ entende diferente. Consolidou-se, na sua j urisprudência, a orientação segundo a qual não cabem embargos infringentes de acórdão que, por maioria de votos, dá provimento ao reexame necessário. Tal entendimento acarretou a edição do enunciado 390 da súmula de jurisprudência do STJ, assim redigida:

"Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes". Não parece adequado tal entendimento, mas é a orientação ministrada pela Corte Superior destinada a interpretar a legislação infraconstitucional federal brasileira. Significa, então, que o STJ não admite os embargos infringentes em reexame necessário, não obstante a boa lavra da tese em sentido contrário.

Embora se mantenha o posicionamento em favor do cabimento dos embargos infringentes nestes casos, não se pode ignorar esse importante julgamento.

6.2. Embargos de declaração

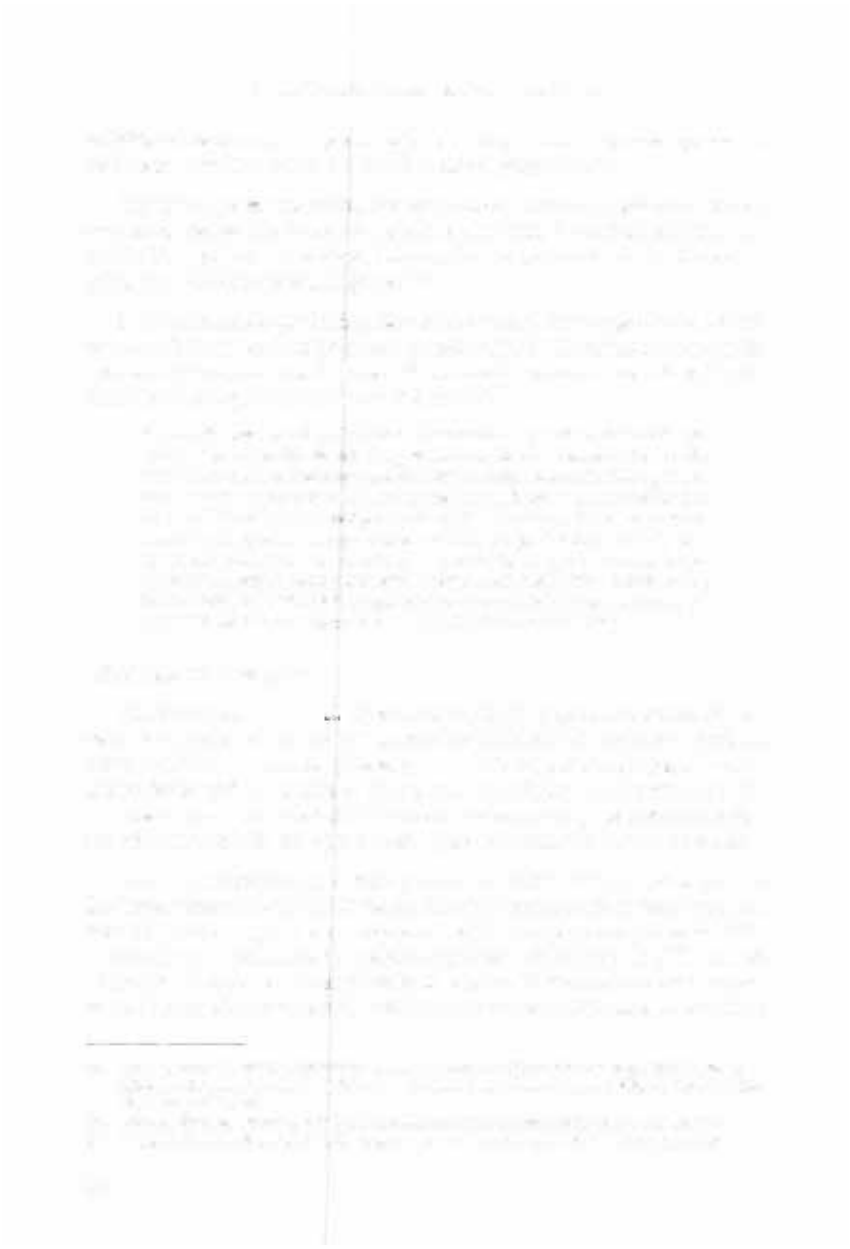
Cabem embargos infringentes contra acórdão que j ulgar embargos de declaração, desde que: a) os embargos declaratórios tenham sido i nterpostos contra 17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 527. No mesmo sentido: BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 8 ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 257-260; BARROS, Ermio Bastos de. "Os embargos infringentes e o reexame necessário". Revista Forense, n. 254, abril/junho. 1976. Admitindo os embargos, conquanto sob o fundamento de que o reexame necessário mantém sua natureza recursai: ASSIS, Araken de. "Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário", p. 130-1 34. Também admite os embargos infringentes em reexame necessário Nelson Ne1y Júnior, que assim leciona: "Como a remessa necessária tem o procedimento do recurso de apelação, havendo divergência no tríbunal quanto a esse reexame, admite

-se a interposição dos embargos infringentes" (Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos. 3 ed, cit., p. 371). No mesmo sentido, com inleressante

argumento (mudança de redação do art. 530 do CPC, que agora autoriza embargos infringentes contra acórdão em grau de apelação - antes a redação falava em acórdcio de apelação), JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

247



emb



inexistência

acórdão proferido em apelação ou ação rescisória; b) os demais pressupostos de cabimento, previstos no art. 530 do CPC, sejam preenchidos18•

Explica a questão Bernardo Pimentel Souza: "como o aresto proferido no recurso de declaração integra o acórdão embargado, é possível concluir pela existência de julgamento indir .. [illegible]to da apelação e da ação rescisória, j ustificando o cabimento dos embargos iufringentes".19

Não caberão embargos infrmgentes contra acórdão de embargos de declaração, se esses não forem conhecidos ou se a questão objeto da divergência tiver surgido apenas no julgamento dos

argos de declaração, como é o caso da aplicação

da multa do parágrafo único do art. 538 do CPC2º.

"O entendimento deste Superior Tribunal é no sentido de que são cabíveis embargos infringentes de acórdão não unânime, prolatado em sede de embargos de declaração, uma vez que tais embargos constituem uma complementação do acórdão de apelação, incorporando-se a esse, mas ..: necessário que a discordância esteja caracterizada na ocorrência da omissão, contnd.ição ou obscuridade. No caso, a divergência ocorreu quanto à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, questão estranha ao j ulgamento da apelação. Logo não há margem para os embargos infringentes. Precedentes cit.ldos: REsp I 72. 1 62-DF, DJ 28/911 998, e AgRg no Ag 147.201-MG, DJ 1 6/3/1 998 '. (REsp 465.763-BA, Rei. Min. José Delgado, j. em 27.5.2003,

publicado no l n formativo n. 1 74, 26-30 de maio de 2003).

6.3. Julgamento de agravo

Não obstante a

de previsão legislativa expressa nesse sentido, cabem, ainda, embargos infringentes quanto à parte do acórdão que, por maioria de votos, decidir o agravo retido, desde que este trate de matéria relacionada com o mérito da demanda. A propósito, eis o teor do enunciado n. 255 da súmula da jurisprudência predominante do STJ : "Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito".

Com a alteração levada a efeito pela Lei n. 1 0.352/200 1 , os embargos infringentes passaram a ser admitidos, apenas, do julgamento da apelação que, por maioria de votos, reformar a sentença de mérito. Ao que parece, resta mantido o entendimento incrustado no verbete mencionado da súmula do STJ, com as adaptações decorrentes da m odjfjcação legislativa. Efetivamente, caso o agravo retido seja julgado, por maioria de votos, para, uma vez provido, modificar matéria 18. SOUZA, Bernardo Pimentel. l111ror/11ção aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5 15. Assim, também, MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. ciL, p. 528-529.

19. SOUZA, Bernardo Pimentel. lnlmdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 5 1 5.

20. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 516.

de mérito, não há razão para não se permitirem os embargos infringentes. Resta, portanto, mantida a orientação sumulada, desde que o agravo retido trate de matéria de mérito e venha a ser provido, por julgamento não unânime, para alterar a decisão agravada.

A modificação legislativa, ao restringir o cabimento dos embargos infringentes, põe fim ao entendimento de que seriam cabíveis ditos embargos contra acórdão não unânime que decidisse o agravo de instrumento, quando pudesse trazer

como resultado a extinção do processo. Apenas as matérias de mérito, que venham a ser modificadas, é que poderão ser tratadas nos embargos infringentes, a partir do início de vigência da Lei nº 1 0.352/200 1 .

A hipótese que era aventada tanto pela doutrina como pela jurisprudência relacionava-se com a possibilidade de o tribunal, ao apreciar o agravo de instrumento, extinguir o processo sem julgamento do mérito. O acórdão que viesse a ser lavrado por maioria de votos desafiaria, nesse caso, a interposição dos embargos infringentes, eis que, ao substituir a decisão agravada, estaria sendo tomado como sentença proferida pelo tribunal (CPC, art. 5 1 2)21.

Com a admissibilidade dos embargos infringentes apenas contra acórdão não unânime que refonnar sentença de mérito, é curial sua inadmissibilidade quando o acórdão acolher agravo de instrumento para extinguir o processo sem julgamento do mérito. Isso porque o acórdão não versará sobre matéria relacionada com o mérito, afastando a nova hipótese de cabimento dos embargos infringentes. Se o acordão não-unânime em julgamento de agravo de instrumento implicar, porém, decisão de mérito, contra ele serão cabíveis embargos infringentes. Neste sentido, STJ, Corte Especial, EREsp n. 2761 07/GO, rei. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS,j. em 04.06.2003, publicado no DJ de 25.08.2003, p. 254; 5ªT., AgRg no Ag 462809/SP, rei. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 04.08.2005, publicado no DJ de 24. 1 0.2005, p. 366: " l . São cabíveis embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em agravo de instrumento, quando for decidida a matéria de mérito.

Não é ocioso aduzir que vinha sendo admitida a i nterposição de embargos infringentes de decisão não unânime proferida em agravo regimental ou agravo interno, quando este fosse interposto, por exemplo, contra decisão do relator 2 1 . Sobre o assunto consulte-se: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Falta de pressuposto processual ou de condição da ação - declaração ex officio em agravo de instrumento". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 944-956.



FREDIE ÜlDIEF JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNMA

que não admitisse a apelação"2• A modificação do art. 530 do CPC pela Lei nº

l0.352/2001 não permite a m:inutenção do entendimento, exatamente porque, já se viu, não serão mais cabh eis os embargos infringentes contra acórdão que não

conhecer ou não admitir a apelação, ainda que tomado por maioria de votos.

Há, contudo, uma situação particular que, ao que parece, dará azo à interposi

ção dos embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em agravo regimental ou agravo interno.

Como se sabe, é possível ao relator dar provimento a qualquer recurso, quando a decisão recorrida estiver rnntrariando súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1 °-A). No particular, poderá o relator dar provimento à apelação, reformando, em decisão singular, a sentença de mérito que esteja em manifesto confl to com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior. Em tal situação, a parte contrária poderá i nterpor o agravo interno previsto no § l º daquele mesmo art. 557 do CPC, daí se seguindo a decisão colegiada da turma ou câmara. Caso esse acórdão venha a ser tomado por maioria para manter a decisã.o do relator no sentido de reformar a sentença de mérito, serão cabíveis os embargos infringentes. Perceba que o julgamento deste agravo interno é, na verdade, o julgamento da própria apelação, pois, ou a turma mantém a decisão do relator, e portanto .1ulga a apelação no sentido por ele sugerido, ou a reforma, decindindo a apelação em outro sentido.

O raciocínio, aqui, é semelhante ao que foi feito pelo STJ, para admitir o cabimento de embargos de divergência contra decisão que julgar agravo interno. Os embargos ele divergência cabem contra acórdão que julgar recurso especial ou recurso extraordinário. Quando o relator de um desses recursos julgá-lo sozinho, caberá agravo interno, co111ra cuja decisão, preenchidos os demais pressupostos de cabime1110, caberão embargos de divergê[illegible]cia. Eis o teor do enunciado 11. 3 1 6 da súmula da jurisprndência do STJ: "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial".

Sabe-se que contra decisão interlocutória cabe agravo, que pode ser retido ou de instrumento. Se o agravo de instrumento for julgado por maioria de votos, não cabem embargos infringentes. Caso, entTetanto, o julgamento do agravo de instrumento não seja unânime e se examine o mérito, com alteração da decisão recorrida, serão cabíveis os embargos infringentes.

Segundo entendimento finnado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "l É o conteúdo da matéria decidida que define o cabimento dos

-

22. Acórdão unânime da 2.• Turma do SlJ, REsp 8.670/MG, rei. Min. limar Galvào. j. 1 5.04. 199 1 , DJ de 13.05. 199 1 . p. 6.079.

250



EMOARGOS INFRINGENTES

embargos infringentes, e não o nome atribuído ao recurso pela lei; II - Embora o

ait 530 do Código de Processo Civil se refira exclusivamente aos acórdãos proferidos em apelação ou em ação rescisória, mormente após a reforma do Código de Processo Civil ocorrida com o advento da Lei n. 1 0.352/200 1 , admite-se a interpretação extensiva do referido dispositivo legal, para abranger também as hipóteses de acórdão proferido em agravo de instrumento em que é decidido o mérito da demanda;"23.

Realmente, "[a]jurisprudência deste Superior Tribunal é uniforme no sentido de que são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, ao julgar agravo de instrumento, enfrenta o mérito da demanda, a exemplo de recente julgado da Corte Especial: EREsp 1 63.239/SP, Rei. Min. Gilson Dipp, Rei. para acórdão Min.

Paulo Gallotti, DJe 05.03.09."24 Enfim, "[a] Corte Especial do STJ estabeleceu o cabimento da interposição de embargos infringentes em acórdãos proferidos no julgamento de agravo de instrumento, inclusive nas hipóteses de ju lgamento que rejeita exceção de pré-executividade, contanto que tais acórdãos tenham decidido o mérito da controvérsia (EREsp nº 276. 1 07/G0)."25

Nesse mesmo sentido, entende o STJ que "[a] decisão que encerra o processo de liquidação é sentença de mérito. Sendo assim, caso seja reformada, por maioria, em apelação, é cabível a interposição de embargos infringentes, mesmo sob a égide da atual redação do artigo 530 do Código de Processo Civil."26

Há, de fato, vários casos em que o tribunal, no agravo de instrumento, examina o mérito da causa. I magine-se, por exemplo, que o juiz concede a tutela antecipada com base no § 6° do art. 273 do CPC e o tribunal, no agravo de instrumento, reforma a decisão por maioria de votos. Suponha-se, ainda, que o tribunal, no agravo de instrumento, reconhece, por maioria de votos, a decadência do direito ou a prescrição da pretensão. Vislumbre, finalmente, o julgamento de agravo ele instrumento, por maioria de votos, contra a decisão que julgou a liquidação da sentença (CPC, art. 475-H), a qual se constitui, inegavelmente, de uma decisão de mérito.

Em todos esses casos, embora o tribunal tenha julgado um agravo de instrumento, o mérito foi examinado, sendo cabíveis os embargos infringentes, desde que o acórdão não seja unânime e haja modificação da decisão agravada.

23. STJ, 3" T., R.Esp 8 1 8.497/MG, Rei. Min. MASSA MI UYEDA,j. 9/3/201

O, DJe 6/5/20 10.

24. STJ, 2 " T, REsp 1 . 1 88.809/DF, rei. Min. CASTRO MEIRA,j. 1 7/612010, DJe 29/6/201 O.

25. STJ. 3" T., REsp 736.966/PR, rei. Min. NANCY ANDRJGHl,j. 14/4/2009, DJe 61512009.

26. STJ, 3" T., REsp 767.768/SC, rei. Min. CASTRO FILHO,j. 1 8/8/2005, DJ 1 2/9/2005, p. 33 1 .



fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

6.4. Voto-médio

É possível ocon-er divergência entre todos os votantes, de forma que nenhum dos entendimentos seja majoritá1io. Diante da dispersão total dos votos, a conclusão do acórdão deve ser tirada à luz do voto médio ou da média dos votos. A util ização do voto médio para fixar resultado do julgamento revela a existência de divergência entre os votos p1 oferidos, autorizando a interposição de embargos infringentes, que ficam adstritos aos limites do dissenso27•

"Quando, na votação de questão global indecomponível, ou de questões ou parcelas distintas, se formarem duas opiniões, sem que nenhuma alcance a maioria exigida, prevalecerá a média dos votos ou o voto médio". (art. 79 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Oerais).28

O voto médio pode ser a média dos votos proferidos. É o que acontece quando os votos são, por exemplo, no sentido de determinar a condenação do réu ao pagamento de 30, 40 e 50 reais; aqui, o voto médio é 40, que também corresponde à média dos votos.

Mas o voto médio pode não coJTesponder à média dos votos, como no caso de um julgamento do STJ, em que cinco ministros votaram, não se tendo chegado à maioria (1 .500, 500, 500, 750 e 1 00); nesse j ulgamento, entendeu-se que o voto médio corresponde ao que condenou em 500, solução adotada por dois

ministros, que deveria prevalecer sobre os demais, todos isolados. Afirmou-se que, a prevalecer a média aritmética, o resultado seria 670, que não corresponde a qualquer dos votos proferidos, todos os votos seriam considerados "derrotados", solução que seria arrematado contrasenso (Edcl em Resp n. 2 1 9.064/RJ, rei. Min. Aldir Passarinho Jr., publicado no DJ de 1 1 .06.200 1).

"Adotada a solução intermediária, ante a impossibilidade de conciliação, o acórdão é embargável assim pelo autor como pelo réu. (. . .) a utilização mesma do critério especial de apuração do resultado é a melhor prova de que subsistiu, até o fim, o dissídio"29•

Apenas para não deixar dúvida, no caso de embargos infringentes contra acórdão tomado pelo voto médio, também devem ser respeitados os pressupostos gerais de cabimento desse recurso, previstos no caput do art. 530 do CPC, já estudados.

27. SOUZA, Bernardo Pimentel. /11trodução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. eit., p. 5 1 2-514. O

autor cita os seguintes julgados: STF, 1• T., RE n. 58.355/GB, rei. Min. Evandro Lins e Silva, com declaração de voto vencedor do Min. Pedro Chaves DJ de 04.08. 1 965; STF, 1° T., RE n. 56.956/GB, rei. Min.

Evandro Lins e Silva, com declaração de voto vencedor do Min. Pedro Chaves DJ de 09.06.1965; STJ, 2•

T., Resp n. 39. I 00/BA, rei. Min. Peça lha Martins, Dj de 08.05. 1 995.

28. SOUZA, Bernardo Pimentel. introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cil., p. S 12.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 53 1 .

EMBARGOS INFRINGENTES

6.5. Parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios

Questiona-se se, quando o acórdão não unânime de apelação modificar a sentença apenas na paite concernente aos honorátios advocatícios, caberiam os embargos infringentes. E m outras palavras, é possível interpor embargos infringentes contra a parte do acórdão que, por maioria de votos, altera a fixação dos honorários do advogado?

A j urisprudência do Superior Tribunal de Justiça é controversa a respeito do assunto.

A 2ª Turma do STJ entendeu serem cabíveis os embargos infringentes nessa hipótese30. Por sua vez, a Corte Especial do STJ entendeu não serem cabíveis os embargos infringentes no tocante à verba honorária, por se tratar de matéria acessória, e não pri nci paP 1.

Em um aparente interminável vaivémjurisprudencial, a mesma Corte Especial do STJ aceitou, por maioria, em 20 1 2, os embargos infringentes para discussão do capítulo relativo aos honorários advocatícios (REsp n. l . 1 1 3. 1 75, rei. Min. Castro Meira,j . em 24.05.20 1 2)32. Espera-se que a solução seja definitiva, pois o caso foi 30. Acórdão unânime da 2• Turma do STJ, REsp 904.840/RS, rei. Min. Humberto Martins, j. 19/4/2007, DJ

de 7 /512007, p. 3 1 O.

3 1 . Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, AgRg nos EREsp 825.1 66/SC, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 9/1 1 /2006, DJ de 1 111 2/2006, p. 300.

32. "PROCESSUAL CJVll. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART 543-C DO

CPC E RESOLUÇÃO STJ N. º0812008. EMBARGOS INFRINGENTES. ART 530 DO CPC. DISCUSSÃO

SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCJOS. CABIMENTO.

1. O cm. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos il1fringe111es a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.

2. Se o dispositivo não restringi11 o cabimento do recurso apenas à questão de fundo 011 à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito i11te11Jretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes.

3. Ademais, o arbitramento dos honorários ncio é questão meramente processual. porque tem reflexos imediatos no direito s11bstantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIO VENDA.

4. Os l1onorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

5. No direi/o brasileiro. os honorários de qualquer espécie. inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato. a decisão e a sentença que os estabelecem são ti tu los executivos. Nesse sem ido, a Corte Especial do S7:J fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: 'Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte'. Portanto, os honorários constih1em direito autônomo do causídico. que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringenles se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.

julgado pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C, CPC).

Em julgamento de Recurs Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC, a Corte Especial do STJ definiu, de vez, o entendimento, ao afirmar que cabem, sim, os embargos infringentes quanto à parte do julgado que trata dos honorários de advogado, ainda que a sentença não seja de mérito.

Sinceramente, não vemos razão para tamanha polêmica.

Já se viu que somente cabem embargos infringentes, se o acórdão não unânime tiver versado sobre o mérito.

Qualquer que seja a concepção de mérito que se adote - e há inúmeras -, o pedido compõe o mérito da cat...sa.

A condenação ao pagamento de honorários advocatícios decorre de pedido implícito - pedido, pois. É capítulo decisório de mérito do acórdão, ainda que se trate de capítulo dependente do capítulo principal33. Bem por isso, interposto recurso contra a sentença, a pa11e relativa aos honorários, ainda que não expressamente impugnada, integra o efeito devolutivo da apelação. Modificada a sentença, altera-se, igualmente, a condenação em honorários de advogado; ainda que o acórdão seja omisso quanto à wrba honorária, a inversão é tida como automática e manifesta34.

7. Assim. seja porque o art. 530 do C PC mio faz restriç<io q11a1110 à nature=a da matéria objeto dos embargos i11fri11ge111es -apenas exige q1.e a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de ape/açcio por maioria de votos -, seja porque o capitulo da sentença que trata dos l1011orários é de mérito. embora acessório e depende111e, devem ser admitidos os emba1gos il!fi·ingentes para disc111ir verba de sucumbência.

8. A ausência de inlerposircio dos embargos i1?fi·i11ge11tes na origem sobre a co11de11ação em honorários advocatícios 11cio veda a admissão do ··ecurso especial. a menos que o apelo 1·erse exc/11siva111e111e sobre a verba de sucumbência. caso em que ni;o será conhecido por prec/us<io e falta de exaurimento de instância.

9. Recurso especial provido. Acórdcio • ujeito ao ar/. 543-C do CPC e à

Resoluç<io STJ n. º0812008. " (Corre Especial, REsp 11. 1.113. 1 75/DF. rei . • ' lin. Cas1ro Meira.j. em 24.5.2012. publicado no DJe de 7.8.2012).

33. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ca1 ítulos de sentença. Siio Paulo: Malheiros, 2002, n. 1 5, p. 46.

34. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO DO JULGADO QUE 1 VERTEU DISPOSITIVO DA SE TENÇA. CONDENAÇÃO IMPLÍCITA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA.

PRECEDENTES JURISPRUDE Cl.\IS. 1 . /\ inversão dos ônus de sucumbência no caso de provimento integral da apelação é medida que se impõe, ainda que omissa a decisão colegiada e não lenha a pane interessada oposto os devidos embarg• •s declaratórios para o fim de sanar a omissão. 2. Não M que se falar em afronta ao principio da coisa julg1da, porquanto a sentença contemplou os honorários e o acórdão, apenas, omitiu-se quanto à inversão. Deveras, consoante doutrina pacífica, os honorários compõem pedido implicito. passível de ser contemplado, ainda que não formulado, posto decorrer da sucumbência. Em consequência é lícito, cm fase de execução, requerer a pane interessada a imputação ao vencido dos ônus sucumbenciais, se estes resultam da stmplcs inversão, ainda que implícita, dos encargos sucumbenciais.

Precedentes jurisprudenciais. 3. Arrihuído a causa valor irrisório, os honorários advocatícios devem ser fixados com apoio no art. 20, § 4°. do C PC, que prevê a possibilidade de se ultrapassar o montante da causa, arbitrando-se a verba honorâria em função cios trabalhos desenvolvidos pelo advogado da parte vencida, 254

EMBllRGOS INFRINGENTES

É digno de registro o precedente do STJ, resultante do julgamento do REsp n.

207 . 1 77 IRO, segundo o qual não há inversão automática da sucumbência, quando o acórdão reforma a sentença de procedência para extinguir o processo sem resolução do mérito. Nesse caso, segundo esse precedente, deveria haver a expressa condena

ção, no acórdão, a honorários advocatícios. Não havendo, não se pode entender

que houve tal condenação, sob pena de ofensa à coisa julgada material35.

Não há dúvidas, ainda, que a parte do julgado que trata dos honorários de sucumbência constitui um capítulo ele mérito, ainda que conste de uma sentença terminativa. Neste último caso, haverá capítulos heterogêneos: um processual, que se refere à extinção terminativa do processo e o outro de mérito, relativo aos honorários do advogado. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o " ...

capítulo referente ao custo financeiro do processo, que deve estar presente em toda sentença e guarda, com os capítulos extintivos, relação de heterogeneidade (porque a decisão sobre o custo do processo é de mérito - mérito secundário, acessório, mas mérito)"36. E, mais adiante, assim reforça seu entendimento, ao afirmar que "se alguma preliminar fosse acolhida não haveria capítulo algum de mérito - a não ser o relativo aos encargos da sucumbência"37.

Tudo isso está a demonstrar, portanto, que cabem embargos infringentes contra a parte do acórdão que, por maioria de votos, altera a fixação dos honorários do advogado. Não se questiona que o capítulo do acórdão que versa sobre embargos infringentes seja ou não acessó1io. É, não restam dúvidas, acessório. Embora seja acessório, trata-se de um capítulo de mérito. E, sendo de mérito, cabem embargos observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado
 o tempo exigido para o seu serviço. 4. Agrnvo Regimental a que se nega provimento." (Acórdão uminime da I' Turma do STJ, AgRg no Ag n. 479.969/SP, rei. Min.

Luiz Fux, j. em 2/1 2/2003, publicado no DJ de 19.1 2.2003, p. 330).

35. "'PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO. ACOLHIMENTO.

PR.ELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO. PROCESSO. SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. OMISSÃO. EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A inversão automática dos ônus da sucumbência, na hipótese de o Tribunal sobre o assunto não se manifestar, somente pode ocorrer se for decidido o mérito da contenda, pois, nesse caso, o colegiado estará acolhendo ou rejeitando o pedido inicial, decorrendo, disso, as despesas processuais e os honorários advocatícios. 2 - Se, como na espécie vertente. o Tribunal, acolhendo preliminar

da apelação, resolve decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, cm face da inépcia da inicial, desconstituída está a relação jurídica processual e, por conseguinte, todos os atos que lhe eram afetos, inclusive e primordialmente, a sentença que julgara procedente o pedido e fixara os ônus da sucumbência. não havendo lugar para inversão de nada e, muitos menos, das despesas processuais c dos honorários. 3 - Não mais existente a sentença, tampouco a sucumbência nela fixada e omisso o acórdão sobre aquela verba, com trânsito em julgado, descabe intcmar execuçilo, ante a absoluta falta de título executivo. 4 - Recurso especial conhecido em parte (letra "a"), mas improvido." (Acórdão unânime da 4" Turma do STJ, REsp 207. 1 77/RO, rei. Min. Fernando Gonçalvcs, j.

1 6/9/2004, DJ de 1 1/ 1 0/2004, p. 328).

36. Capí111/os de se111e11ça. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 19, p. 52.

37. Capí111/os de sentença, cit., n. JS, p. 80.

o

órgão

infringentes, independentemente de constituir um trecho principal ou acessório do julgado; o que importa é que é de mérito.

7. OS EFEITOS DOS E MBARGOS JNFRINGENTES

A exemplo dos demais recmsos, os,embargos1 infringentes têm efeito devolutivo, transferindo para outro julgador (ou renovando para o mesmo órgão

julgador, a depender da competência para julgá-los, estabelecida no regimento interno) o reexame da matéria. O efeito devolutivo dos embargos infringentes restringe-se, contudo, ao objeto da divergência. Se a divergência for total, será reexaminado todo o julgamento em razão da interposição dos embargos infringentes. Caso, todavia, a divergência seja parcial, os embargos se restringem ao objeto da divergência, possibil,tando o reexame apenas dessa matéria que foi alvo de dissidência no julgamento originário.

O efeito devolutivo dos embargos infringentes também tem a sua dimen- são vertical (efeito translativo), o que permite ao órgão julgador que, conhecendo o recurso, reexamine as questõe& de ordem pública e as demais questões suscitadas e discutidas relacionadas ao capítulo impugnado, já que terá de rejulgar a causa.

É interessante mencionar os exemplos criados por Barbosa Moreira para explicar a devolutividade dos embargos infringentes:

"Assim, v g., se ele pedira 1 0(), e o acórdão embargado Lhe dera 80, mas houve voto divergente, a acolher o pedid in totum, são cabíveis os embargos interpostos para pleitear os 20 restantes, e o órgão a que toque julgá-los é livre de negar-lhes provimento, confirmando o acórdho embargado, dar-lhes provimento total, concedendo tanto quanto o voto vencido (100), ou dar-lhes provimento parcial, concedendo menos que o voto vencido, porém mais que o acórdão embargado (90, por exemplo).(. . .) Suponhamos que o autor houvesse pedido 1 00, e no

juízo de apelação obtivesse 80, com voto vencido que lhl! concedia 85. Neste caso, os embargos não poderiam visar senão ao acréscimo dos 5, que correspondem ao plus do voto vencido sobre o pronunciamento da maioria. Se o embargante pleiteia os 5, pode o órgão ad quem manter a condenação em 80, negando provimento aos embargos, elevá-la para 85, dando-lhes provimento total, ou fixá-la em quantum entre 80 e 85, provendo parcialmente o recurso. Acima de 85, nada mais é lícito ao embargante pedir, nem ao tribunal conceder"38•

Os embargos infringentes estão providos de efeito suspensivo, quando interpostos contra acórdão que julgar a ação rescisória. De resto, os embargos infringentes têm os mesmos efeito da apelação que os originou. Logo, se a apelação fora recebida no efeito suspensivo, os embargos infringentes desfrutarão, de igual 38. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111ários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 533-534.

modo, do efeito suspensivo. Caso, porém, a apelação não tenha efeito suspensivo, os embargos infringentes serão recebidos apenas no efeito devolutivo39.

8. OS EM BARGOS J NFRJNGENTES E A AUSÊNCIA D E DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Se, num julgamento tomado por maioria de votos, não constar o teor do voto vencido, a paiie tem o direito de a ele ter acesso, a fim de verificar qual. a extensão da divergência e, então, poder i nterpor seus embargos infringentes.

A ausência de voto vencido nos autos caracteriza omissão. Nesse caso, cabem embargos declaratórios para suprir tal omissão, almejando-se conhecer osfundamentos do voto vencido. No particular, merece registro o entendimento jurisprudencial:

"É direito da parte conhecer os fundamentos de voto vencido, emitido na assentada de julgamento. Embargos recebidos, para que se insira nos autos a íntegra do voto faltante""º.

"Se um dos juízes faz referência a voto proferido em outra questão, procedem embargos de declaração para que ele seja anexado aos autos, a fim de que a parte tome conhecimento de seus fundamentos e possa recorrer"41•

Assim, se for caso de cabimento de embargos infringentes, e não houver declaração de voto vencido, cumpre à parte opor embargos de declaração, com vistas a obter acesso ao teor do voto vencido. Caso, ainda assim, não se obtenha a declaração de voto vencido, deve-se entender que a divergência operada no julgamento foi total, cabendo os embargos infringentes. Em outras palavras, não impede a interposição dos embargos infringentes a ausência de declaração do voto vencido. Não se tendo acesso ao teor deste, deve-se interpor os embargos infringentes, considerando ser total a divergência42.

Realmente, "nã.o serve de fundamento a afastar a necessidade de interposi

ção dos embargos infringentes o fato de não constar dos autos a declaração de

39. JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recurso;; cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 293-295; PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149; SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 200 J . p. 349-350.

40. Acórdão unânime da I' Seção do STJ, CC 6.976-9-RS-EDcl, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j.

19.04. 1 994, DJ de 30.05 . 1 994, p. 1 3.429.

4 1 . Acórdão unânime da 3" Turma do STJ, REsp 26.543-9-PR, rei. M in. Dias Trindade, j. O 1 . 1 2 . 1 992, DJ de 08.02.1 993, p. 1 .029; RT 620/167.

42. Assim, com inúmeras referências, SOUZA, Bernardo Pimentel. introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 547; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 534-535.



voto vencido. Não suprida a omissão em declaratórios e na impossibilidade de definir-se a extensão dos votos majoritários, os infringentes devem compreender a totalidade do decidido na apelação, por desacordo geral" (RSTJ 1 10/ 330).

9. AS RAZÕES DE DECIDJR NOS EMBARGOS INFRINGENTES (VIN

CULAÇÃO AOS ARGU ME NTOS DO VOTO VENCIDO

Para que caibam embargos infiingentes, deve haver divergência no julgamento da apelação ou da ação rescisória. Tal divergência é apurada pelas conclusões dos votos, e não por suas fundamentações. Não importa o fundamento utilizado para se chegar a cada uma das conclusões; o que é relevante, para a interposição dos embargos infringentes, é conclusão de cada voto.

Com efeito, "ao apreciar os embargos infringentes o órgão julgador não fica adstrito à motivação do voto ensejador do recurso" (RSTJ 46/343). Em outras palavras, "a amplitude dos em bargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos" (RSTJ 1 06/24 1).

Significa que se afigura possível a utilização de razões diversas daquelas expostas no voto vencido, no julgamento dos embargos infringentes43.

Em suma, nã.o fica o órJão julgador, ao j ulgar os embargos infringentes, adstrito a adotar os mesmos fundamentos enfrentados pelo voto vencido. Na verdade, o órgão julgador, ao apreciar os embargos in fringentes, fica adstrito, apenas, às conclusões do voto vencido, independentemente de qual tenha sido o fundamento utilizado. Isso decorre da profundidade do efeito devolutivo dos embargos infringentes, que permite o rejulgamento da causa (li mitado àquilo que foi impugnado), o que implica reexaminar todos os fundamentos, e não apenas o exame das razões do voto vencido.

"Se havia, contudo, plurali ade decausae petendi, e o voto vencido só por urna delas acolhia o pedido, não é posi.ível, nos embargos, julgá-lo procedente por qualquer das outras, em relação às quai[?] ocorrera unanimidade: não se confunda causa petendi com argumento ou razão d.: decidir!""""

Na verdade, o que imp rta é o resultado do j ulgamento. Se todos os votos chegaram à mesma conclus;: o, mas por fundamentos diferentes, haverá unanimidade, e não julgamento por rnioria, não cabendo embargos infringentes.

43. MOR.EIRA, José Carlos Barbos; . Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 535.

44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 535.

EMBARGOS INr-RINGENTES

Nas ações coletivas, é possível, contudo, haver embargos infringentes em julgamento unânime. Com efeito, imagine-se que a apelação é provida para reformar a sentença de procedência, concluindo o tribunal pela improcedência do pedido formulado na ação coletiva. Imagine-se, ainda, que a improcedência, em dois votos, fundou-se na falta do direito e, no terceiro voto, na ausência de provas. O julgamento foi unâni me: todos reformaram a sentença, concluindo pela improcedência do pedido. Só que o voto vencido fundou-se na ausência de provas.

Corno se sabe, a coisa julgada, nas ações coletivas, é secundum eventum probationis, valendo dizer que não há coisa julgada se a improcedência estiver fundada na falta de provas. Diversamente, se o juízo de improcedência fundar

-se na inexistência de direito, haverá coisa julgada material. Em outras palavras, a depender do.fundamento utilizado, a improcedência irá acarretar ou não coisa julgada material.

Então, voltando ao exemplo aventado, a prevalecer o voto vencido, não haveria coisa j ulgada material, sendo possível a repropositura da demanda coletiva, desde que fundada em novas provas. Nesse caso, o autor poderá interpor embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, que lhe trará um melhor proveito, conferindo-lhe utilidade, a fazer transparecer o interesse recursal.45

10. PROCE D I MENTO DOS EMBARGOS I N FRINGENTES

Devem os embargos infringentes ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias. Interpostos que sejam, deve-se intimar, desde logo, a parte contrária para apresentação de suas contrarrazões no prazo 1 5 (quinze)ldias. Decorrido o prazo de 1 5 (quinze) dias, com ou sem o oferecimento da contrarrazões, seguirão os autos conclusos ao relator46 do acórdão embargado para exercer o 45. JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambicr; Nelson Nery Jr. (coords.). São Paulo: RT, 1 999, p. 266-267; ZARIF, Cláudio. Particularidades relativamente ao sistema recursai estabelecido para as ações colelivas. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civeis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). Sflo Paulo: Ed. RT, 200 1 , v.

4, 11. 4.3, p. 21 1-2 1 2.

46. Nem sempre o relator do acórdão embargado é efetivamente o relaior da apelação ou da ação rescisória. Nos termos do arl. 566 do CPC, se o relalor 1iver sido vencido, seni designado para redigir o acórdão "o autor do primeiro voto vencedor". Este ser{1 o "relator do acórdão embargado". O mais correto seria o art. 53 1

do CPC utilizar a expressão "redator do acórdão", e não "relator do acórdão". l�, entretanto, comum esse termo. Veja-se, a propósito, a observação de José

Carlos Barbosa Moreira: "Costuma-se aludir ao 'relator do acórdão' com referência ao membro do colegiado a quem se atribui a função de redigi-lo. O próprio Código usa a expressão, no arl. 5 3 1 . Tal modo de dizer, embora correntio, é impróprio: o juiz designado pelo presidente, na forma do ait. 556, não relata o acórdão no mesmo sentido em que o relator relata a 259



juízo de admissibil idade do recurso (art. 531 do CPC). Note-se que é possível a interposição de embargos in fringentes adesivos (art. 500, II, CPC), se houve sucumbência recíproca.

Desse modo, permite-se ao relator exercer o juízo de admissibilidade, quando já oportunizada a apresentação de contrarrazões pelo embargado, o qual poderá alertar ao relator a eventual ausência de requisito de admissibilidade recursai.

Esse procedimento tem o objetivo de fornecer ao relator do acórdão embargado maiores elementos de convicção para o exercício do j uízo de admissibilidade.

Não admitidos os embargos infringentes pelo relator, poderá o embargante interpor o agravo interno previsto no art. 532 do CPC.

Embora o juízo de admissibilidade somente seja exercido após a intimação da paite contrária para apresentar contrarrazões, nada impede que o relator do acórdão recorrido já lhes negue seguimento, antes mesmo de determinar a intimação do embargado, quando manifesto o descabimento do recurso.

Em vez de negar-lbes segiimento, poderá o relator do acórdão embargado admiti-los, com a adoção do procedimento regimental.

Não poderá o relator dar u negar provimento aos embargos infringentes, por decisão singular, caso o a..;órdão embargado esteja conh·ariando súmula ou jurispmdência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, caput e § 1 ºA). Em outras palavras, caso o voto vencido, cujas conclusões pretende-se que prevaleçam, perfilhar orientação dominantt ou já sumulada de tribunal superior, ainda assim não poderão ser providos, imediatamente, os embai·gos infringentes por decisão isolada do próprio relator do acórdão embargado. Isso porque tal

procedimento afigura-se incompatível com sua sistemática, não sendo razoável que o relator, em decisão singular, contrarie o entendimento manifestado por um órgão colegiado.

O acórdão deverá ser revisto por outro órgão colegiado, a quem competirá sopesar as teses confrontadas, concluindo por adotar o entendimento que lhe pareça mais correto: o majoritário ou aquele manifestado pel.o voto vencido. Esse, aliás, é o entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, em aresto que contém a seguinte ementa:

"Embargos i.nfringentes. Relator. Decisão monocrática. CPC art. 557. Ao relator da apelação, impugnada por embargos infringentes, cabe apenas o exame dos requisitos causa ou o recurso. Seria preferível, até para evitar confusões, que se falasse em 'redalor do acórdão' - o que consonaria com o teor do art. 556, que emprega o verbo 'redigir'. Trata-se, porém, de uso arraigado entre nós." (Come111ários ao Código de Processo Civil. 15" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, n. 364, p. 681).

de admissibilidade desse recurso. Não lhe é dado negar seguimento aos embargos com fundamento em que improcedente ou por contrariar entendimento sumulado".47

E m suma: o relator somente pode, sozinho, decidir pela inadmissibilidade dos embargos infringentes, sem adentrar o juízo de mérito desse recurso.

Caso o relator do acórdão embargado adote a alternativa de admitir os embargos,

estes serão processados e ju lgados conforme dispuser o regimento do tribunal (art. 533 do CPC), sorteando-se, se for o caso (quem dirá é o regimento interno) , novo relator, seguindo-se os autos conclusos ao revisor (CPC, art. 55 1) para, posteriormente, ser incluído em pauta de julgamento, culminando na decisão final que os apreciará.

O novo relator, se houver previsão regimental, poderá rever o juízo de admissibilidade, eis que se trata de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão, podendo, nesse momento, negar seguimento aos embargos infringentes. Entendendo admissível o recurso, detem1inará a remessa dos autos ao revisor, daí se seguindo a inclusão do feito em pauta de j ulgamento, com a reapreciação da causa. Esse novo relator, se houver e for possível, deve ser um "juiz que não haja participado do julgamento anterior" (art. 534 do CPC).

11 . OS EM BARGOS INFRINGENTES E O PRAZO PARA OS RECU RSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL (O ART. 498 DO CPC)

Assim dispõe o art. 498 do CPC:

Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que tnmsitar em julgado a decisão por maioria de votos.

Se o acórdão contiver mais de um capítulo, apenas o capítulo que foi decidido por maioria é que permite a interposição dos embargos infringentes.

Como se vê, proferido acórdão que contenha um capítulo decidido por maioria e um capítulo decidido por unanimidade, essa última não precisa ser desafiada imediatamente pela interposição de recursos especial e/ou extrnordinário, sendo cabível apenas a interposição dos embargos infringentes. O prazo para a 47. Acórdão da 3.ª Turma do STJ, REsp 226.748/MA, rei. Min. Nilson Naves, rei. p/ acórdão Min. Eduardo Ribeiro,j. 1 3.06.2000, DJ de 1 1 .09.2000, p. 250.

n

parágrafo

interposição daqueles recursos extremos fica sobrestado, somente começando a

contar a partir da intimação dr acórdão que julgarem os embargos infringentes.

Concentra-se, desse modo para um único momento a oportunidade de interposição dos recursos extraordi ário e especial, evitando o aforamento, em duplicidade, de tais apelos, primeiramente quando do acórdão que j ulgasse a apelação ou a ação rescisória e, num segundo instante, a partir do julgamento dos embargos infringentes. Além disso, extingue-se uma das exceções à regra da singularidade, reforçando-se a regra de que, para cada decisão, cabe, naquele momento, apenas um tipo de recurso.

A ausência de interposição dos embargos infringentes não prejudica a parte, eis que, pela nova regra encartJda no parágrafo único do art. 498 do CPC, o prazo para a interposição dos recur os exh·aordinário e especial só tem início a partir do trânsito em julgado da pane majoritária do acórdão. Ora, tanto os embargos infringentes como os recursos exh·aordinário e especial devem ser interpostos no prazo de quinze dias, consoante estabelece o art. 508 do CPC.

Desse modo, não-interpostos os embargos infringentes, o prazo para o aforamento dos recursos extraordinário e especial tem início a partir do 1 6º (décimo sexto) dia, contado da intimação do acórdão que julgara a apelação ou a ação rescisória. Isso porque, dispõe o iovo parágrafo único do a1t. 498 do CPC: "Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unâojme da decisão terá como dia de inicio aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos".

O trânsito em julgado da decisão por maioria de votos opera-se no décimo sexto dia. Este, segundo o único do art. 498 do CPC, é o inicio do prazo

para os recursos especial e e> traordinário contra a parte unânime da decisão. E, como se sabe, no cômputo do prazos, exclui-se o dia do início, incluindo-se o do final. Então, como o décimo quinto dia é o dia do início, deve ele, na contagem, ser excluído, incluindo-se o último dia (CPC, art. 1 84). Logo, não interpostos embargos infringentes, a parte disporá de 30 (trinta) dias para a interposição de recursos especial e extraordi11ário, contados da intimação do acórdão que julgar a apelação ou a ação rescisória.

Nos casos em que o prazo deva ser contado em dobro para recorrer48, será de trinta dias aquele equivah.:nte para a interposição dos embargos infringentes, 48. O prazo será contado cm dobro quando conferido à Fazenda Pública ou ao M

inislério Público (CPC, art. 188), aos l itisconsortes com procuradores diferentes (CPC, art. 1 9 1) e ao defensor público (Lei nº

1 .06011950, art. 5º, § 5º).

transitando em julgado no trigésimo dia. Assim, não havendo interposição de

embargos infringentes, o prazo para os recursos extraordinário e especial (contra o capítulo unânime) começará a correr a partir do trigésimo primeiro dia, contado da intimação do acórdão que julgar a apelação ou a ação rescisória, terminando no sexagésimo dia a contar deste mesmo acórdão que julgar a apelação ou a ação rescisória.

Nada impede, contudo, que a parte já interponha seus recursos extraordinário ou especial, antes mesmo do trânsito em julgado da parte majoritária do acórdão, isto é, antes mesmo do início do prazo para interposição daqueles apelos extremos, desde que a parte que interpuser estes últimos seja a mesma que deveria aforar os embargos infringentes. É que "a parte pode renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor" (CPC, art. 1 86).

Com a nova redação do arl. 498 do CPC, os enunciados n. 354 e 355 da súmula da jurisprudência dominante do STF perderam sentido, encontram-se, por isso, revogados49•

Se, em desconformidade com o art. 498 do CPC, forem interpostos, simultaneamente, recurso especial ou extraordinário e embargos infringentes, aquele não será admitido, sendo considerado prematuro. Cabe à parte interpor embargos infringentes e, somente depois do julgamento destes, oferecer seu recurso especial e/ou extraordinário. A interposição do recurso excepcional juntamente com os infringentes acarreta a inadmissibilidade daquele50.

49. n. 354: "Em caso de embargos infringentes parciais, é defini1iva a pa1te da decisão embargada em que não houve divergência na votação"; n. 355: "Em caso de embargos infringen1es parciais, é tardio o recurso extraordinário interposlo após o julgamento dos embargos, quanlo à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida.··

50. Esse enlendimento é pacifico no â111bi10 do Superior Tribunal de Justiça, como se infere do 1eor dos seguinles precedentes:

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL.

NÃO EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

Nos termos do art. 498 do CPC, com a redação conferida pela Lei n. 10.352/200 1 , é prematura a interposição ele recurso especial anlcs cio julgamento dos

embargos infringentes, momento cm que ainda não esgotada a instância ordinária.

Subsistente o fundamenlo do decisório agravado, nega-se provimenlo ao agravo." (Acórdão unânime da 4" Tunna do STJ, AgRg no Ag 641.1 18/RJ, rei. Min. Cesar Aslbr Rocha,j. 22/212005, DJ de 2113/2005, p. 400).

"Processual civil. Interposição simultânea de recurso especial e embargos infringentes. Art. 498 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001. Intempestividade cio recurso especial. Exceção ao principio da unirrecorribilidade. Inexistência.

1 - Após a vigência da Lei nº 10.3521200 l , que alterou a redação do art. 498 do CPC, é intempestiva a interposição de recurso especial anterior à intimação do julgamento dos embargos infringentes.

li - A possibilidade de interposição simultânea d<.: recurso especial e embargos infringentes não mais constitui exceção ao principio da unirrecorribilidadc da legislação processual civil.

li -Agravo regimental desprovido." (Acórdão unflnime da 3" Turma do STJ, AgRg no REsp 688.1 72/RS, rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 24/5/2005, DJ de 20/6/2005, p. 284).

"PROCESSUAL CIVIL- RECURSO ESPECIAL -AGRAVO REGIMENTAL- CONTRATO BANCÁ

RJO - ALIENAÇÀO FIDUCIÁRIA- INTERPOSIÇÃO ANTES DA INTIMAÇÃO DOS EMBARGOS



Se, entretanto, a parte inte--põe embargos infringentes, e estes são inadmissíveis, não se pode mais interpor o recurso especial ou o extraordinário, pois aí terá havido perda de prazo. É possível. todavia, que os inadmissíveis infringentes

tenham sido interpostos pela parte contriria. Nesse caso, não se pode ter como intempestivos o recurso especial ou extraordinário. A propósito, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência do STJ considera que a apresentação de embargos infringentes incabíveis não nterrompe o prazo para a apresentação do recurso especial. Contudo, se os embarg0s foram apresentados pelo réu, rejeitados por deserção, não se pode impor ao autor o ônus da negligência da parte contrária. É necessário, nessas situações, considera" tempestivo o recurso especial"51•

Há uma situação curiosa, não prevista expressamente pelo legislador, mas que também justifica a incidéncia do art. 498 do CPC, pela identidade de razão.

Imagine-se o caso de acórdão com dois capítulos, ambos não-unânimes, sendo que um deles é impugnável por recurso especial e o outro, por embargos infringentes.

Neste caso, impõe-se aplicar a regra do art. 498: primeiramente, opõem-se os embargos infringentes contra o capítulo não-unânime que pode ser por esse recurso impugnado; julgado. os embargos infringentes, abre-se o prazo para a interposição de recurso especial e/ou extraordinário para o outro capítulo e de recurso especial e/ou extraordinário contra o capítulo que fora impugnado pelos infringentes. Se a parte não i:.e valer inicialmente dos embargos infringentes, o prazo para a interposição de recmso contra o outro capítulo (só contra o outro, já que em relação ao primeiro c:ipítulo houve trânsito em julgado em razão da não interposição dos infringentes; começa a correr do dia seguinte ao do trânsito em julgado do capítulo anterior.

INFRINGENTES - INTEMPESTr/lDADE- PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 498, CPC - NOVO RE

CURSO ESPECIAL INTERPOSTC - INADMISSÃO PELO TRJBUNALA QUO- IMPOSSIBILIDADE

DE APRECIAÇÃO POR ESTA CCRTE - DESPROVIMENTO.

1 - Esta Corte já firmou o entendiJTento de que, nos termos do parágrafo único do arl. 498 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 1 0.352/0 1 , sendo cabível a oposição de embargos infringentes, a contagem do prazo para a interposição do recurso ⍰special inicia-se somente após a publicação do acórdão dos embargos.

2 - ln casu, é intempestivo o recu-so especial interposto antes da interposição dos cabíveis embargos infringentes, ou seja, antes do iníc o da contagem do prazo recursai, quando ainda não esgotada a via ordinária. Precedentes.

3 - É impossível a apreciação do ◆egundo recurso especial, interposto após a intimação dos embargos infringentes, tendo em vista a sua iroadmissão pelo Tribunal a quo.

4 - Agravo regimental desprovido.'· (Acórdão unânime da 4' Turma do STJ, AgRg no REsp 833.51 7/RS, rei. Min. Jorge Scartezzini, j. 29f6/L006, DJ de 14f8n006, p. 299).

5 1 . STJ, 3' T, R.Esp 1.091.958/PR, rel. l.ifin. NANCY ANDRIGHl,j. 18/10/20 1 1 , DJe 3/1 1/20 1 1 .

CAPÍTULO VI

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1 . Generalidades - 2. Recurso ordinário constitucional para o STF - 3. Recurso ordinário constitucional para o STJ; 3 . 1 . Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança; 3.2 Recurso ordinário constitucional em causas internacionais.

1 . GENERALI DADES

Trata-se de recurso dirigido ao STF e ao STJ, exclusivamente nas hipóteses disciplinadas, respectivamente, nos a1ts. 1 02, II, e 1 05, TI, da CF, reproduzidas no art. 539, I e II, do CPC.

O nome desse recurso é muito útil à sua compreensão.

Explica-se.

Nonnalmente, os tribunais superiores ficam vinculados à ideia de que a sua competência recursai é extraordinária - o que implica todas as conhecidas limitações desses recursos em relação à matéria de fato, ao prequestionamento, à admissibilidade etc. O recurso ordinário constitucional é, como o próprio nome diz, um recurso ordinário, só que dirigido ao STF/STJ, que exercerão competência recursai sem qualquer limitação em relação à matéria fática. Pelo recurso ordinário constitucional, admite-se, por exemplo, o reexame de prova. O recurso ordinário constitucional dispensa o prequestionamento1• Os tribunais superiores, aqui, funcionam como segundo grau de jurisdição2•

As hipóteses de cabimento desse recurso, como já se disse, estão previstas constitucionalmente. Eis, então, a razão de ser do seu nome: recurso ordinário constitucional.

2. RECURSO ORDIN ÁR I O CONSTITUCIONAL PARA O STF

O recurso ordinário constitucional para o STF tem como objeto as decisões denegatórias proferidas em mandado de segurança, habeas data e mandado de 1 .

"Não se revela aplicável ao recurso ordinário a exigência do prequestionamento do tema constitucional que configura pressuposto especifico de admissibilidade do recurso extraordinário". (Ag 145.395/SP, AgRg l '

T. STF, rei. Min. Celso d e Mello, em 25. 1 1 . 1 994, p. 32.304).

2.

SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod11ção aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 560.

p

u

N

FREDlE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

injunção, em única instância, elos tribunais superiores (art. 539, l, CPC), em hipóteses em que têm competência originária3.

Perceba que esse recurso tem cabimento secundum eventum li tis: ele só pode ser utilizado se a decisão for denegatória, o que implica dizer que se trata de recurso criado para beneficiar u cidadão em face do Estado. Em outras palavras, é recurso privativo do impetrante. O réu nessas demandas, se derrotado, somente tem à sua disposição o recurso extraordinário para o STF, se acaso houver prequestionamento de matéria constitucional.

Se o acórdão contiver capítulos decisórios com resultados distintos (procedência e improcedência, p. ex.), contra o capítulo denegatório caberá recurso ordinário e contra o capítulo ue concedeu caberá o recurso excepcional.

O mais importante no estu o deste recurso é entender o que significa "decisão denegatória". Essa hipótese tem acepção ampla: compreende não só as "decisões que julgam improcedente o pedido", mas também as "que extinguem o processo sem apreciação do mérito"4. Denegar, aqui, significa não acolher o pedido.

Além disso, é preciso que se trate de decisão final. Somente os acórdãos (o recurso ordinário só cabe contra acórdão) que ponham termo a mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção, denegando-os, é que dão azo a recurso ordinário; acórdãos que simplesmente neguem a liminar, confirmando, em julgamento de agravo regimental, a decisão denegatória do relator, somente podem ser impugnados por rec rso especial, extraordinário e, claro, por embargos de declaração5. Assim tem ente-ndido o Superior Tribunal de Justiça: RMS 2.408/

DF, 1 ª. T., rei. Mio. Demócritr Reinaldo, DJ de 1 6.05 . 1 994, p. 1 1 .705; MC 1 99/

DF, 2ª. T., rei. Mio. Américo Luz, DJ de 16. 1 0. 1 995, p. 34.632; RMS 5. 1 96/SP, 5ª. T., rel. Min. Félix Fischer, DJ 06. l 0 . 1 997, p. 50.0 1 1 6.

3.

Cabe recurso ordinário Iambém em < utras hipóteses, relacionadas, contudo, ao processo penal. Aqui estão relacionados apenas os casos de recurso ordinário no âmbito do processo civil.

4.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. Coqiemários oo Código de Processo Civil. 1 2 ed. R.io de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 572; SOUZA, Bernardo Pimentel. lntroduçào aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed.

cit., p. 578-580.

5.

SOUZA, Bernardo Pimentel. lntroa·1çào aos recursos cfreis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 584.

6.

No 111esmose111ido: "RECURSO OR'.)INÁRIO EM MANDADO DE SEGURA ÇA. rNDEFER.IMENTO

DE LIMINAR. DESCJ\BIMENTO 1 . O cabimento do recurso ordimírio em mandado de segurança (art.

105, 11, '"b", da Constituição Federal) pressupõe a existência de decisão denegatória final, seja de mérito ou ternünativa. 2. Não se amolda ao permissivo constitucional a interposição do recurso ordinário em face de decisão, confirmada cm sede de ' gravo regimental, que indefere liminar em mandado de segurança. 3.

Recur.;o ordinário não conhecido." (�TJ-4'T., RMS 28.632/RJ. rei. Min. Fernando Gonçalvcs,j. 1 5.09.2009, DJe 05.1 0.2009).

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Importante fazer menção ao enunciado n. 272 da súmula da jurisprudência predominante do STF: "Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança". Não obstante o teor desse enunciado, há precedentes do STF admitindo a conversão do recurso extraordinário em ordinário, desde que o ordinário fosse de sua competência7. Se, todavia, cabível recurso ordinário para o STJ, mas interposto recurso extraordinário para o STF, este não é admitido, não se aplicando, nem mesmo, o princípio da fungibilidade8.

O prazo desse recurso é de 1 5 (quinze) dias.

Não cabem embargos infringentes contra acórdão não-unânime que julgar essa hipótese de cabimento do recurso ordinário constitucional. Também não cabe interposição adesiva desse recurso9.

O recurso ordinário não enseja revisor. É o que se extrai do art. 23 do RJSTF e arts. 35 e 248, parágrafo único, RISTJ, além do art. 40 da Lei Federal n. 8.038/1 99010.

O recurso deverá ser interposto perante o Presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (depende do regimento interno), a quem competirá fazer o primeiro juízo de admissibil idade. É bem razoável entender que o § 1 ° do art. 5 1 8

do CPC, que permite ao magistrado não receber a apelação que contrariar súmula do STJ ou do STJ, se aplica por analogia ao recUJso ordinário constitucional, à semelhança do que já vem acontecendo com a interpretação do § 3° do art. 5 1 5

do CPC (ver item 3 . 1 adiante). Assim, pode o PresidenteNice-presidente do tribunal de origem não admitir o recurso ordinário constitucional que esteja em desconformidade com súmula do STF ou STJ. Da mesma forma, é possível que o STF (e o STJ também), ao julgar o recurso ordinário constitucional, diante de um defeito sanável, converta o j ulgamento em diliência, para determinar a sua correção, com base no § 4° do art. 5 1 5 do CPC.

Discute-se muito sobre qual seja o recurso cabível contra a decisão que, na origem, não admite o recurso ordinário constitucional, impedindo a sua remessa 7.

Acórdão unânime da 2" Turma do STF, RMS n. 2 1 .458/DF, rei. Min. Carlos Velloso,j. 05. 1 0 . 1 993, DJ de 15.04 . 1 994, p. 8.047. No mesmo senlido: acórdão não unânime da 2• Tunna do STF, RMS n. 21 .328/DF, rei. Min. Carlos Velloso,j. 1 1 . 12.200 1 , DJ de 03.05.2002, p. 22.

8.

Acórd1io unânime da I' Turma do STF, AI n. 145.553 AgRIPI, rei. Min. limar Galvão, j. 09/0211993, DJ

de 26/02/1993, p. 2.359. No mesmo sentido: acórdão unânime ela 2• Tunna cio STF, AI 143.71 1 AgR/PR, rei. Min. Carlos Velloso, j. 23. I 1 . 1 993, DJ de 20.05.1 994, p. 1 2.249. Também no mesmo senlido: acórdão unânime da 2" Turma do STF, AI 11. 173.236 AgRIGO, rei. Min. Maurício Corrêa, j. 1 4. 1 1 . 1 995, DJ de 09.02. 1 996, p. 2.087. Ainda 110111esmo se111ido: acórdão unânime da l' Turma do STF, RE n. 423.8 1 7 AgR/

DF, rei. Min. Sepúlveda Pcrtence, j. 1 6.08.2005. DJ ele 02.09.2005, p. 23.

9.

SOUZA, Bernardo Pimentel. In1rod11ção aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ccl. cit., p. 564-565.

1 O. SOUZA, Bernardo Pírnentcl. ln1rodução aos rec11rsos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cil., p. 566.



recorrido

ao tribunal superior. Bernardo Pimentel identificou, após pesquisajurisprudencial e doutrinária, três correntes, ptando pela terceira": a) agravo regimental contra a decisão do Presidente do T1 ibunal que não o admitir; b) aplicação analógica do art. 544 do CPC; c) aplicação do agravo de instrumento comum, regulado pelos arts. 524-527 do CPC. Parece que o caso é de aplicação analógica do art. 544, tendo em vista que o recurs é interposto contra decisão do Presidente/vice do tribunal. Não se adota o posicionamento de Bernardo Pimentel, porque o agravo de instrumento do art. 522 so11ente pode ser interposto contra decisão de juiz de primeira instância, até corno f nna de facilitar o acesso à justiça, pois o agravo do art. 544 pode ser interposto no tribunal de origem (art. 544, caput, CPC), enquanto o agravo dos arts. 524-527 deve ser dirigido diretamente ao tribunal ad quem (art. 524, caput, CPC). Convém notar que o julgamento, citado pelo autor para robustecer a sua argurnentaçã (STJ, Ag. 377.099/RJ, rei. Mio. Sálvio de

Figueiredo Teixeira, publicada no DJ de 14.06.2002, decisão que merece ser lida, pois expõe toda a controvérsia sob1e o tema), foi no sentido de não conhecer do recurso exatamente porque fora interposto perante o tribunal de origem, o que ofenderia o art. 524 do CPC. Essa interpretação segue a linha proposta oeste livro: sempre que houver duas interpretações possíveis, opta-se por aquela que mais favoreça a admissibil idade do recurso e a acesso à justiça (na variante acesso aos tribunais).

A melhor solução consiste, então, em aplicar o art. 544 do CPC. Não se pode afastar a possibilidade de revisão pelo tribunal superior do quanto decidido pelo Presidente ou Vice-Presidentf' do tribunal local. Ou bem se estabelece não ser possível a este exercer o juízo de admissibilidade do Recurso Ordinário, ou se lho permite, desde que cabíve recurso para o tribunal superior. E o recurso para o tribunal superior há de ser o agravo previsto no art. 544 do CPC, compatível com o sistema de acesso àquelas Cortes. Nas palavras do M i nistro Teori Albino Zavascki, manifestadas em decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 87 1 . 1 6 l/

RJ (2007/004361 8-0), "Submder o juízo negativo de recebimento do recurso à palavra definitiva do tribunal

significaria, na prática, subtrair da parte

a sua prerrogativa constitucional de recorrer e de ver o seu recurso julgado pelo juiz natural, bem como retirar do STJ a sua competência constitucional para julgar o referido recurso. Com efeito, é da essência de qualquer recurso que o juízo de admissibilidade seja efetua o pelo tribunal competente para o julgamento. A instância recorrida pode, quando a lei lhe faculta, exercer um juízo de admissibil idade, mas de caráter necessar amente provisório. Atenta contra o próprio direito de recorrer (e, portanto, contra a própria existência do recurso) delegar ao órgão recorrido a palavra definitiva sobre a matéria.

1 1 . SOUZA, Bernardo Pimentel. /ntrod�ção aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 569-570.

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

3. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL PARA O STJ

3. 1 . Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança A primeira hipótese de cabimento recurso ordinário para o STJ é bastante semelhante àquela previsão para o STF, já examinada. Cabe recurso ordinário para o STJ contra decisões denegatórias em mandados de segurança proferidas em única instância pelos TRF's ou pelos Tribunais dos Estados ou do Distrito Federal, quando for o caso de competência originária destes tribunais (art. 1 05, II, "b", CF/88). Não

cabe contra decisão de turma recursai de Juizado Especial Cível, nem contra acórdão de Tribunal Regional do Trabalho (TRT) ou Tribunal Regional Eleitoral (TRE)12•

Tudo o que foi dito em relação ao recurso ordinário para o STF aqui é aplicado, mutatis mutandis, inclusive em relação ao prazo, que é de 1 5 (quinze) dias.

Também se aplica ao Recmso Ordinário para o STJ o que se disse logo acima, relativamente à aplicação do art. 544 do CPC. Interposto Recurso Ordinário para o STJ, se o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local resolver negar-lhe seguimento caberá o agravo previsto no art. 544 do CPC.

É preciso, porém, fazer algumas observações.

a) Perceba que somente cabe recurso ordinário, aqui, em mandado de segurança. A CF/88 não menciona o habeas data nem o mandado de injunção.

Não obstante isso, a Lei Federal n. 9.507/ 1 997, art. 20, I I , "b", prevê a competência do STJ para julgar, em grau de recurso, o habeas data, "quando a decisão for proferida em única instância pelos tribunais regionais federais".

Esse dispositivo só pode ser compreendido como se fizesse referência ao recurso especial (o que era desnecessário), pois qualquer referência ao recurso ordinário seria inconstitucional, por ampliar a competência do STJ por lei federal - somente emenda constitucional pode ampliar/reduzir competência dos órgãos jurisdicionais cuja competência é delimitada pela constituição, inclusive os tribunais superiores13•

b) H á muita discussão, no STJ, sobre a incidência do § 3° do art. 5 1 5 no procedimento do recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. A favor da aplicação, por exemplo: STJ, 6ª T., AgRg no R M S n. 1 7. 7 1 4/RN, rei.

Min. Paulo Medina, j. 23.08.2005, publicado no DJ de 1 0. 1 0.2005, p. 435; STJ, 12. SOUZA, Bernardo Pimentel. Inrrodução aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 585.

1 3 . Assim, por exemplo, BUENO, Cássio Scarpinella. "Habeas data". Procedimentos especiais civeis - legislação exrravaganre. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 232.



Contra

admitir

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

2ª T., RMS n. 1 9269/MG, rei. \!Jin. Eliana Calmou, j. 26.04.2005, publicado no DJ de 1 3 .06.2005, p. 2 1 5.

a aplicação, 2ª T., RMS 33.640/MS, Rei. Min.

Mauro Campbell Marques, j . em 07.02.20 1 2, publicado no DJe de 1 4/02/2 0 1 2; 2ª T., RMS n. 35.343/GO, rei. \1in. Humberto Martins, j . em 2.8.20 1 2, publicado no DJe de 8.8.201 2 ; 6ª T., R MS n. 36.483/RJ, rei. Min. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS), rei. p/ acórdão Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des.

Conv. do TJ!PE), j . em 1 2.6.20 1 2 , publicado no DJe de 29.8.20 1 2 ; 6ªT., RMS n.

27.493/RN, rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j . em 27.3.201 2, publicado no DJe de 1 1 .4.20 12. As últimas decisões do STF são no sentido de não admitir a aplicação do dispositivo ao r�curso ordinário no mandado de segurança (! ª T., RMS n. 29.543, rei. Min. Cármen Lúcia,j. em 06.09.201 1 , publicado no DJe- 1 9 1

em 04. l 0.20 1 1 ; 2ª T., RE n. 638.057 AgR, rei. Min. Ricardo Lewandowski, j . em 28.02.201 2, publicado no DJe-05 1 em 09.03.20 1 2.

O entendimento atual do .. TJ (e igualmente do STF) vem consolidando-se, então, no sentido de não

a apl icação, no recurso ordinário em mandado

de segurança, do § 3° do art. 5 1 5 do CPC.

A posição deste Curso é favorável à aplicação do dispositivo no recurso ordinário constitucional em mandado segurança, pela inexistência de qualquer óbice para a aplicação analógica de uma regra favorável ao bom andamento do processo.

3.2. Recurso ordinário constitucional em causas internacionais A segunda hipótese de cabimento do recurso ordinário para o STJ é bastante diferente de tudo o quanto at< aqui foi estudado. Trata-se do recurso ordinário cabível contra as decisões profi ridas nas causas em que forem partes, de um lado, estado estrangeiro ou organisno internacional, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no pa s (a1t. 1 05, ll, "c", CF/88). O cabimento do recurso não é, como alhures, secundum eventum litis: cabe contra qualquer decisão, seja qual for o seu conteúdo.

Essas causas tramitam na Justiça Federal de primeira instância (art. 1 09, I I , CF/88). Assim, quem as julgará é o juiz federal. O recurso ordinário, nesse caso, não cabe contra acórdão; ele é cabível contra as sentenças proferidas por juiz de primeira instância. Note que, curiosamente, com a interposição do recurso, a causa sai de um juiz de prime ra instância e vai ao STJ, diretamente, sem passar pelo Tribunal Regional Federal.

Quanto às decisões interlo cutórias proferidas pelo juiz de primeira instância, cabe o agravo, tanto retido como de instrumento, diretamente ao STJ, aplicando-se a sistemática prevista nos arts. 522 a 529 do CPC, por força do que estabelece o 270

parágrafo único do art. 539 do CPC. Nesse sentido, "compete ao STJ o exame do agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida por Juiz Federal de primeira instância em ação movida por pessoa jurídica domiciliada no país contra organismo internacional, com fülcro nos arts. 1 05, II, 'c', da CF/88; art. 539, parágrafo único, do CPC e art. 1 3, I I I, do RISTJ".14 Assim, contra as decisões interlocutórias cabe agravo, retido ou de instrumento, no prazo de 1 O (dez) dias. Em se tratando de agravo de instrumento, deve ser interposto diretamente no STJ, com as peças exigidas no art. 525 do CPC, devendo a paite

obedecer ao que prescreve o art. 526 do mesmo diploma processual. Segue-se a sistemática do art. 527 do CPC.

Na verdade, o recurso ordinário, nessa hipótese, é cabível tanto de decisão interlocutória quanto de sentença. Fará, então, as vezes de agravo ou de apelação.

Se fizer as vezes de agravo (art. 539, par. ún, CPC), o seu prazo é de 1 O (dez) dias e a forma de interposição deve obedecer a todo o regramento do agravo; se fizer as vezes de apelação, o prazo é de 1 5 (quinze) dias e a forma de interposição deve obedecer a todo regramento da apelação (art. 37 da Lei n. 8.038/1 990). É por isso que a Lei n. 8.038/1 990, que regulamenta os recursos para o STJ/STF, ao referir

-se a essa hipótese de cabimento do Recurso Ordinário, prefere denominá-lo de apelação e agravo de instrumento para o STJ (ait. 36).

Assim, quando o recurso ordinário fizer as vezes de apelação, é possível cogitar do cabimento de embargos infringentes (art. 530 do CPC) e de recurso adesivo (art. 500, l l , CPC), além de, obviamente, ser plenamente aplicável o §

3° do art. 5 1 5 do CPC.

Há, porém, um aspecto peculiar desse recurso, que o diferencia do agravo ou da apelação. É o quorum para julgamento. O agravo e a apelação devem ser julgados com o voto de três j uízes (art. 555, caput, CPC). O recurso ordinário é julgado por uma tmma do STJ, que é composta por cinco ministros e todos votam.

As decisões no STJ, salvo em habeas cotpus, devem ser tomadas pela maioria absoluta dos membros da Tunna (art. 4 1 -A, Lei n. 8.038/1 990), o que implica dizer que, para ser vencedor no procedimento recursai, é preciso o voto favorável de três ministros (veja que na apelação e no agravo, bastariam os votos favoráveis de dois julgadores)15•

14. Acórdão não unânime da 2" Turma do STJ, Ag n. 627.91 3/DF, rei. Min. Eliana Calmon, j. 07. I 0.2004, DJ

de 07/03/2005, p. 2 2 1 . No mesmo sentido: acórdão unânime da 3" Turma do STJ, Ag n. 4 1 0.661/DF, rei.

Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 2 1 .2.2002, DJ de l .4.2002, p. 187; LexSTJ 153133.

15. "No primeiro deles (art. 4 1 -A, LF 8038/90), para expressar que as decisões no STJ, salvo nos casos de habeas c01p11s, exigem maioria absoluta do respectivo órgão, norma que se fazia necessária para evitar julgamentos, por Turmas daquele Tribunal, pela maioria simples de dois votos a um (2X 1). Como se sabe, 271



O recurso ordinário, quando se revestir da forma de apelação, será interposto perante o juiz federal que proferiu a sentença, a quem competirá fazer o primeiro juízo de admissibilidade. lnadmitido o recurso na origem, cabe agravo de instrumento ao STJ, na forma do art. 522 do CPC.

o Supremo, em decisão por muitos tidJ por discutível, afirmou ser possível tal quorum (2X 1) ao argumento de inexislir lei exigindo o mínimo de rês votos no sentido majoritário, como dispunha a norma regimental do STJ. Certa ou não a citada decisão, o fato é que agora a lei veio dirimir a questão, merecendo aplausos, por não ser razoável que umjulgamcmo em instância especial provenha de quorum limitado a apenas dois votos no sentido vencedor" (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A Lei 9.756/98 e suas inovações". Aspectos polémicos e atuais dos recursos t íveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson ery Jr. (coord.). São Paul >: RT, 1 999, p. 546). Assim, também, SOUZA, Bernardo Pimentel.

Introdução aos recursos cíveis e à ª< ão rescisória. 3 ed. cit., p. 566.

CAPÍTULO V l l

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Sumário • 1. Características gerais - 2. Efeito devolutivo restrito. Recursos de fw1damentação vinculada - 3.

Recurso excepcional e reexame de prova -4. Recurso excepcional e os conceitos vagos -5. Recurso excepcional e interpretação de cláusula contratual -6. Prequestionamento- 7. Exigência de prévio esgotamento das instâncias

ordinárias -8. Recursos extraordinário e especial contra provimentos de urgência (Súmula do STJ, n. 86 e Súmula do STF, n. 735) -9. Recurso extraordinário e recurso especial retidos (art. 542, § 3°, CPC)- 1 O. Sistema de admissibilidade desdobrado - 1 1 . Permitem execução provisória - 12. profündidade do efeito devolutivo dos recursos excepcionais: 1 2 . 1 . Generalidades. O n. 456 da súmula do STF. O exame de questões de ordem pública e de outras questões não enfrentadas pelo tribunal recorrido; 1 2.2. As questões supervenientes. O art. 462 do CPC aplicado aos recursos extraordinários; 12.3. Os enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência predominante do STF - 13.

Preparo- 14. Interposição simultânea de recurso especial e recurso extrnordinário. O enunciado n. 126 da súmula da jurisprudência predominante do STJ - 15. Processamento dos recursos extraordinários. Análise do art. 543 do CPC - 16. Agravo contra a decisão que nega seguimento, na origem, a recurso extraordinário ou recurso especial (art. 544 do CPC)- 17. Recurso especial: 17.1. O papel do STJ; 1 7.2. Considerações gerais sobre o recurso especial; 1 7.3. Cabimento com fundamento na letra "a" do inciso ILI do art. 105 da CF/88; 1 7.4. Cabimento com fundamento na letra "b" do inciso ! li do art. 105 da CF/88; 1 7 .5. Cabimento com fundamento na letra "c" do inciso li I do art.

105 da CF/88; 1 7.6. Recurso extraordinário em julgamento de recurso especial; 17 .7. Controle difuso da constitucionalidade da lei federal apontada como violada; 17.8. Recurso especial em reexame necessário; 17.9. Julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos; 1 7 .1 O. Desistência do recurso no procedimento de julgamento por amostragem - 1 8 . Recurso extraordinário: 1 8 . 1 . Papel do STF; 18.2. Considerações gerais; 18.3. Cabimento com fundamento na letra "a" do inciso I I I do art. 102 da CF/88; 1 8.4. Cabimento com fundamento na letra "b" do inciso Ill do arl. 102 da CF/88; 1 8.5. Cabimento com fundamento na letra "c" do inciso 111 do art. 102 da CF/88; 18.6. Cabimento com fundamento na letra "d" do inciso lll do art. 102 da CF/88; 18.7. Recurso extraordinário contra julgamento que contraria tratado internacional sobre direitos fundamentais; 1 8.8. A repercussão geral; 18.9.

A "objetivação" do recurso extraordinário - 19. Enunciados das súmulas da jurisprudência predominante do STJ

e do STF sobre recursos excepcionais: 1 9 . 1 . Enunciados da Súmula do STF; 19.2. Enunciados da Súmula do STJ.

1 . CARACTERÍ STICAS GERAIS

Recurso extraordinário (ou recurso excepcional, ou recurso de superposição) é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário para o STF (ai1. 1 02, I I I , CF/88) e o recurso especial para o STJ (art. 1 05, IU , CF/88). O recurso especial, na verdade, é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/88), que servia corno meio de impugnaçã.o da decisão judicial por violação à Constituição e à legislação federal. Com a criação do STJ, pela CF/88, as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário foram repartidas entre o STF e o STJ. O recurso especial nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ.

Esses recursos, pois, têm um regime jurídico comum, com diversas características semelhantes. Inicialmente, serão examinadas as características gerais dos recursos excepcionais. Depois, as peculiaridades do recurso especial e do recurso extraordinário.

a

e

q



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

2. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO. RECURSOS DE FUNDAMEN

TAÇÃO VINCULADA

Os recursos excepcionais s□o exemplos de recurso de fundamentação vinculada. As hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal (art. 1 02, Ill, e art. 1 05, ill). Tais recursos servem à impugnação de questões de direito; não se admite a interposição para re xame de prova ou de fatos. São recursos de estrito direito. Sobre a distinção entre uestão de fato e questão de direito, recomenda-se a leitura do capítulo sobre a teoria da cognição, no volume 1 deste curso.

3. RECURSO EXCEPCIONAL E REEXAME DE PROVA

É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo (enunciados 2791 e 072 da jurisprudência predominante do STF e do STJ, respectivamente). Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recu ·so excepcional para a revisão de matéria de fato.

Não cabe recurso extrnordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.

No entanto, há possibilidade de recmso especial por violação às regras do direito probatório, entre as quais se incluem os dispositivos do CPC e CC que cuidam da matéria - notadamente quando tratam da valoração e da admissibilidade da prova. Como bem afirmou Athos Carneiro: "a questão da valorização da prova, no entanto, exsurge como questão de direito, capaz de propi- ciar a admissão do

apelo extremo".3 Também é po sível imaginar recurso extraordinário para discutir a utilização de prova ilícita, que é vedada constitucionalmente4.

A respeito do tema, importante julgado do Supremo Tribunal Federal da lavra do Min. Rodrigues Alckmin, n RE 84.699/SE, quando ainda cuidava do assunto: 1 . "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

2.

"A pretensão de simples reexame de :irova não enseja recurso especial".

3. "Requisitos específicos de admissíbilicade do recurso especial". ln: Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9. 756198 São Paulo: RT, 1 999, p. 106. Também assim, José Carlos Barbosa Moreira: "É também quaestio iuris a < ue se suscite acerca da observância de regra de direito probatório . . . "

(Comemários ao Código de Processo Civil. 1 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 599) Nesse sentido, também, GRECO FILHO, Vicente. Llireito Processual Civil Brasileiro. 1 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 334; SARAIVA, José. Recursu especial e o STJ. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 323 e segs., de forma muito bem posta e com amplas referências: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões por meio de recursos de estrito direito e .te ação rescisória. São Paulo: RT, 2001, p. 206-2 12.

4.

MARINO l, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. 2

ed. Sào Paulo: RT, 2005, l. 1, p. 338.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

"O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. (. . .) Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do ius constitucionis . . . "

Não é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "A valoração da prova, no âmbito do recw-so especial, pressupõe contrariedade a um princípio ou regra jurídica no campo probatório, sendo cediço ser o l ivre convencimento motivado um dos postulados do nosso sistema processual".5

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio CruzArenhart enumeram diversas situações em que se admite o controle, por recurso excepcional, da aplicação de regras do direito probatório: "i) l icitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico; iii) para uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e; vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório".6

É preciso distinguir o recurso excepcional interposto para discutir a apreciação da prova, que não se admite, daquele que se interpõe para discutir a aplicação do direito probatório, que é uma questão de direito e, como tal, passível de controle por esse gênero de recurso 7•

4. RECU RSO EXCEPCIONAL E OS CONCEITOS VAGOS

É possível o controle, por meio de recursos excepcionais, da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.

5.

Resp 1 7. 1 44-BA, rei. Sálvio de Figueiredo Teixeira. A própria existência da súmula 149 do STJ é uma clarn demonstração neste sentido: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de beneficio previdenciário". Ver ainda: REsp n. 1 .555-SC, rei.

Min. Gueiros Leite, DJ 09.04.1990; AGA n. 1 6.724-RJ, rei. Min. Torreão Braz, DJ de 25.10.1993; REsp n. 7.258-RJ, rei. M in. Alhos Carneiro, DJ de 25. 1 1 . 1 99 1 ; REsp 14.270-RS, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 29.1 1 . 1 993; REsp n. 435.014-SP, rei. M in. Fernando Gonçalves, j. 1 8. 1 1 .2002; AGRESP n.

405.967-SP. Rei. Min. Eliana Calmon, j. 2 1 .1 0.2002.

6.

Comemários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1 , p. 320.

7.

No mesmo sentido, OLIVEI RA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso especial. cit., p. 282, com amplas referências jurisprudenciais e legislativas.





A distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado é bem sutil; ambos pertencem ao gênero e onceito vago8• No conceito jurídico indeterminado, o legislador não confere ao jui; competência para criar o efeito jurídico do fato cuja hipótese de incidência é comp)Sta por termos indeterminados; na cláusula geral, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, é conferida ao magistrado a tarefa de criar o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência daquela hipótese normativa. E como explica Rodrigo Mazzei: "Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldu1 a fixada, a cláusula geral demandará do j ulgador mais esforço intelectivo. Isso porq 1e, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corre.ponde uma abstração (indeterminação proposita/) no conteúdo na norma, é (2) coff pelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo. j á estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em 1xto legal".9

É possível que um recurso especial sirva para a discussão sobre o entendimento acerca de um desses conceitos vagos; não é possível pretender-se reexaminar os fatos, mas, sim, discutir se aquele/ato examinado pelo tribunal recorrido subsome-se ao tipo normativo - trata-se de questão de direito, apta a ser objeto de um recurso excepcional"º· Eis a razão de o STJ ter enunciados consolidados

em sua súmula da jurisprudência predominante sobre o que seja "prova escrita" (conceito indeterminado) apta a enseja ação mooitória: n. 247: "O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento de ação monitória"; n. 299: "É admissível a ação monitória fundada em cl1eque prescrito". É por isso, também, que o STJ vem examinando o que seja "móveis que guarnecem a casa" para fim de caracterização 8.

NEVES, Frederico Ricardo de Ah1eida. "Conceilos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial".

Processo civil: aspectos relevantes - Estudos em homenagem ao Professor Ovídio A. Baptista da Silva.

DUARTE, Ben10 Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). São Paulo: Método, 2006, p. 79-87.

9.

"'O Código Civil de 2002 e o Juc iciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". Reflexos do Novo Código Civil no Direito Pn cessual. Salvador: Edições JusPODfVM, 2006, p. 34. "Diante de urna cláusula geral o magistrado faz ma s do que simplesmente inlerprelar a regra por meio de critérios ou valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe 'concorrer ativamenle para a fomrnlação da norma', inclusive para fins de estabelecimento das consequências jurídicas da sua violação, ou, em outras palavras, dizer qual será a sanção mais adequada, quando nenos a sua extensão, ao caso concreto". (CAMBI, Eduardo e NAUN, Paulo. "'O controle da boa-fé contrarual por meio dos recursos de estrito direito". Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis e de out vs meios de impugnação às decisõesjudiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95).

1 O. Assim, corretamente, CAMBI. EJuardo e NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé co11tratual por meio dos recursos de estrito direito", cil., p. 87; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito d1 -eito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 200 1 , p. 235-236; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recu ·so especial, cit., p. 293-296; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "'Regras da experiência e conceitos juridi..:amente indetem1inados". Temas de direito processual - segunda série.

2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, r. 7 1 .

276

do que seja "bem de família" (art. 1 º, par. ún., da Lei n. 8.009/1 990) e o que seja preço vil (art. 692 do CPC)11•

É possível, também, imaginar o conlTOle da aplicação de cláusula geral, tais

como a boa-fé, a função social da propriedade, o poder geral de cautela etc.12 É

possível, por exemplo, que o STJ, ao interpretar a extensão do § 5° do art. 461 do CPC, que prevê uma cláusula geral de efetivação das decisões judiciais, entenda não ser lícita a fixação de multa horária ou de prisão civil como meio inominado de coerção indireta, desde que baseado nos fatos descritos no acórdão recorrido.

5. RECURSO EXCEPCIONAL E INTERPRETAÇÃO D E CLÁ USULA

CONTRATUAL

Já se viu que o STF e o STJ, no julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, têm restrições no reexame de questões de fato. Não é possível que tais tribunais, no âmbito dos recursos excepcionais, reexaminem provas ou outros elementos contidos nos autos, que não estejam mencionados ou explicitados no acórdão recorrido.

Seguindo esta linha, não se pennite recurso excepcional que objetive o reexame de cláusula contratual. Na realidade, "a interpretação de um contrato, ou de suas cláusulas, cujo escopo seja a obtenção do sentido e alcance da manifestação de vontade, envolve matéria de fato, porquanto averigua a intenção dos contraentes, sendo defeso o respectivo reexame em sede de recurso especial. Na esteira do enunciado n. 454 da súmula do Supremo Tribunal Federal, é correto o enunciado n. 5 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual 'A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial'. "13 Ademais, a verificação da correta interpretação de uma cláusula contratual não se subsome a nenhuma das hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, que objetivam o controle da aplicação de normas jurídicas federais e constitucionais, e não negociais.

O mero reexame de provas ou de cláusula contratual não se confunde, como já se disse, com a qualificação jurídica da prova ou da cláusula contratual. Esta sim - a qualificação jurídica - pode ser analisada pelo tribunal superior no âmbito 1 1 . CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito", cit., p. 89-91 .

12. MAZZEI, Rodrigo. "O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos n a aplicação das cláusulas gerais", cit., p. 49-54; CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito",

eit., p. 96; MACÊDO, Lucas Buril de. "A concretização direla da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça". Revista de Processo. São Paulo: RT, no prelo.

1 3 . OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso especial, cil., n. 2.5.9, p. 299.



S

do recurso excepcional. O que não se pe1mite é o simples reexame da prova ou da cláusula contratual. Perceba: quando a interpretação da cláusula contratual determinar o tipo do contrato (se aluguel ou comodato, p. ex.) de que se trata a causa, é possível submetê-la ao controle jurisdicional por meio de recurso especial. É essa a razão pela qual o STJ tem o enunciado n. 293 na súmula da sua jurisprudência predominante: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de an-endamento mercantil". A interpretação da cláusula contratual que autorizava a cobrança antecipada do valor residual garantido era imprescindível para determinar se o contrato era uma compra e venda ou um arrendamento mercantil, por isso o TJ admitiu o recurso excepcional que a discutia14•

6. PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento é exigência antiga para a admissibilidade dos recursos extraordinários, segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/analisada na instância inferior.

Segundo José M iguel Garcia Medina, é possível vislumbrar três concepções distintas acerca do prequestionamento, a pa1iir do exame da jurisprudência e da doutrina sobre o tema.15

Primeiramente, tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca de determina a questão jmídica federal ou constitucional16•

A segunda concepção vê o prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, hipótese em que se configura como ônus atribuído à parte. Para essa concepção, prequestionar é aro da parte, independentemente de o tribunal de origem manifestar-se ou calar-se a respeito da questão federal ou constitucional suscitada. 17

E, por fim, a posição eclética, em que se somam as duas tendências citadas,

sendo o prequestionamento o prévio debate acerca de questão federal, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.18

14. "Saber se, com os elementos aceitos pelo acórdão, se está em face de uma minuta ou de um contrato. de um fidcicomisso ou de um usufruto, de uma venda ad co1pus ou ad mensuram, se houve ou não mandato. se a hipótese é de contrato preliminar ou de locação, de depósito incidente ou de consignação em pagamento, tudo isso não é questão de fato, mas ce direito" (NEGRÃO, Theotônio. "Técnica do recurso extraordinário Cível". Revista dos tribunais. São Paulo: RT, n. 602, p. 9).

1 5. O prequestionamento nos recursos ntraordinário e especial. São Paulo: RT, 1998, p. 159-166.

16. "Tem-se como configurado o preques.ioaamcnto da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado. a adoção de entendimento explicito a respeito" (STF. RE a. 104.899-9-RS, 2' T.,j. 30.06. 1 992, rei. Min. Marco Aurelio).

17. "Em tema de prequestionamcnto, o que deve s..:r exigido é apenas que a qucst5o haja sido posta na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a 'igura do prequestionamenlo implícito, que é o quanto basta." (STJ, REsp 2.336-MG, 2' T., j. 09.05.199(, rei. Min. Carlos Velloso).

1 8 . "A configuração jurídica do preques ionamcnto decorre de sua oportuna formulação cm momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar 278

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Cumpre, desde logo, fazer um alerta acerca da nomenclatura utilizada. O

termo prequestionamento já está consagrado na pragmática da comunicaçã.o normativa brasileira. Consolidou-se, a propósito, como uma etapa no exame da admissibilidade dos recursos extraordinários. Não convém alterá-lo. De fato, o nome parece indicar uma atividade da parte, anterior, no sentido de ensejar a manifestação do órgã.o jurisdicional i nferior. Sucede que concepções encaram o preenchimento do requisito sob outra perspectiva, sem, entretanto, sugerir outro

nome para o problema. O mesmo José M iguel Garcia Medina entende que prequestionamento é ato da parte, mas que isto seria irrelevante para a higidez do recurso extraordinário - o que, no mínimo, confunde o operador, sequioso de saber o real conteúdo deste requisito, de modo a que possa providenciar os meios para atendê-lo.19 Assim, o termo prequestionarnento será utilizado como exigência própria dos recursos extraordinários, desvinculando-o por completo do sujeito processual que o provocou.

Não é o prequestionamento um requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários20• Bem assevera Nelson Nery Jr.: "Talvez a conceituação do prequestionamento como requisito imposto pela jurisprudência tenha nascido porque a expressão vem mencionada em dois verbetes da Súmula do STF (STF

282 e 356). Evidentemente a jurisprudência, ainda que do Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal".21 Trata-se, na verdade, de etapa no exame do cabimento dos recursos extraordinários.22

É passo na verificação da incidência do suporte fáctico hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto; é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional.

o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursai extraordinária" (STF, AgRgAI n. 134175-1, 1• T.,j. 02.04. 1991, rei. Min. Celso de Mello).

19. "Não há exigência constitucional no sentido da presença do prequestionamento. Por isso, não pode ser indeferido o recurso extraordinário ou o recurso especial se não tiver havido prequestionamento. O que se exige, para a interposição dos recursos extraordinários, é a presença de uma questão (constitucional ou federal) na decisiio recorrida, tenha ou não havido prequestionamento." (MEDINA, José Miguel Garcia.

O prequeslionamenlo nos recursos exlraordi11ário e especial. São Paulo: RT, 1998, p. 204.) 20. Diversa é a clássica observação de ALFREDO BuZAID, no

voto do ERE n.0 96.802, STF (RTJ 109/302). que o considera uma das condições de admissibilidade do recurso extraordim\rio.

2 1 . "Ainda sobre o prequestionamcnto - embargos de declaração prequestionadores". Aspec1os polêmicos e atuais dos rec11rsos cíveis e de 0111rasfor111as de imp11g11ação às decisõesj11diciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2000, p. 855.

22. Também neste sentido, MEDINA, .José Miguel Garcia. O preq11es1io110111e1110 nos recw:\"Os ex1raordi11ário e especial, cit., p. 2 1 9.

u

ɔ

p

Preenche-se o prequestionamento com o exame, na decisão reconida, da questão federal ou constitucional q e se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal23. Se essa situação ocon-e, induvidosamente haverá prequestionamento e, em relação a esse ponto, o recurso extraordinário eventualmente interposto deverá ser examinado.

Partindo dessa premissa, é inócua a discussão quanto à possibilidade do chamado prequestionamento implícito. "Há prequestionamento implícito quando o tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado. Exatamente neste sentido o prequestionamento implícito vem sendo admitido pelo uperior Tribunal de Justiça".24 O que importa é a efetiva manifestação judicial - causa decidida. Não há aqui qualquer problema: "se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria 'questionada' e isso é o quanto basta"25•

É preciso alertar, porém, para o enunciado n. 320 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento"26. Um dos autores deste livro já havia escrito sobre o assunto, defendendo o que consta deste enunciado, ressaltando, porém, que "haverá, ao contrário, prequestionamento, quando, embora a matéria esteja tratada no voto vencido, tenha recebido igualmente a atenção dos votos vencedores, ainda que em senlido divergente"27•

Recentemente, a Min. Ellen Gracie, em decisão proferida no AI n. 37501 1 , constante do Informativo 36 do STF, com o objetivo de fazer prevalecer o

-

23. NERY JR., Nelson. "Ainda sobre o requestionamento - os embargos de declaração prequestionadores ", cit., p. 856-857.

24. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "'Prequestionamento implícito no recurso especial: posição divergente no STJ." Aspec1os polêmicos e a/lla.s dos recursos cíveis e 0111rasformas de impugnação às decisões judiciais. Coordenadores: Nelson Ncry Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 200 1 , p. 980/98 1 .

Confiram-se, ainda, o s seguintes julgados do STJ: EREsp 1 62608-SP. Corte Especial do STJ, Rei. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,j. 1 6 06.1999, DJ 16.08. 1999, p. 37; EREsp 155621-SP. Corte Especial do STJ, Rei. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixcira,j. 02.06.1 999, DJ 1 3.09. 1 999, p. 37, RSTJ 1 27/36; REsp n. 238.626/SC, 5• Turma do STJ, Rei. Ministro Jorge Scartczzini, DJ 0510312001, p. 203; AGA 3 14833/

RS. 2' Turma do STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 3011 0/2000, p. 145.

25. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. ·'Pré-questionamento'". Revista Fore11Se. Rio de Janeiro: Forense, n.

328, p. 43.

26. Sobre o assunto, conferir: COSTA Henrique Araújo. "Voto vencido e prequestionamcnto". Revis/a de Processo. 129: 169-174. São Paulo: RT, novcmbro-2005; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Prequestionamento e voto vencido". Revis/a Dialética de Direi/o Processual. 17:39-48. São Paulo: Dialética, agosto-2004.

27. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. ·'?requestionamento e voto vencido'". Revis/a Dialé1ica de Direi lo Processual. 17:39-48. São Paulo: Dialética, agosto-2004, p. 48.

posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de determinada lei estadual, relativizou a exigência do prequestionamento, em decisão que se reputa muitíssimo importante do ponto de vista paradigmático. Nessa decisão, manifestou a ministra entendimento de que as regras sobre o prequestionamento devem ser ftexibi lizadas, "nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra - em questões de direito - proferida" pelo STF.

Trata-se de mais um exemplo da transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade (ponto que será desenvolvido mais à frente)28.

Não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível. No entanto, e se a questão não houver sido examinada pelo tribunal, não obstante ter sido suscitada pela parte? Impõe-se a interposição de embargos de declaração com o objetivo de suprir a omissão. E se a omissão persistir, há o prequestionamento mesmo assim? Divergem os tribunais superiores a respeito do assunto.

Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado n. 2 1 1 da súmula da sua jurisprudência, não haverá prequestionamento, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem.29 Da mesma forma, se já houver pronunciamento judicial sobre a questão, pouco importa se tenha havido ou não a provocação da parte, desnecessária a interposição dos embargos de declaração, porquanto já se tenha satisfeito a exigência30. Trata-se de posicionamento em tudo conforme a lição de Nelson Ne1y Jr., que tentou emprestar ao exame do tema um mínimo de coerência e cientificidade.

28. Para Francisco de Barros e Silva Neto, há alguns paradoxos do recurso extraordinário como mecanismo de controle de constitucionalidade. Um deles é o rigoroso exame de seus requisitos de admissibilidade. Para que houvesse efetivo controle de constitucionalidade pelo STF, deveria haver maior abertura do juízo de admissibilidade. O maior rigor no juízo de admissibilidade conduz ao não conhecimento recursos contra decisões inconstitucionais, caracterizando um dos paradoxos do recurso extraorclinúrio (Paradoxos cio recurso extraordinário como ferramenta do direito processual constitucional. Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 20 1 2, p. 52-53).

29. PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis, p. 156; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. "Prequestionamcnlo". p. 254-255.

30. Assim, MEDINA, Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial, cit., p. 2 1 1 ; NERY

Jr., Nelson. "Ainda sobre o prcquestionamento" - embargos de declaração

prcquestionaclores, cit., p. 860-861 ; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de . .. Prequestionamento". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambiere Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 255-256.

281



O posicionamento do STF, porém, é diferente. Admite o STF o chamado prequestionamento ficto, que é aquele que se considera oc0tTido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão j udicial, independentemente do êxito desses embargos. Trata-se de interpretação mais amena do enunciado n. 356 da súmula da j urisprudência do STF. Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer as vias extraordinárias. Inicialmente, a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo, perfilhar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo - e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postw·a no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção de inadmissibil idade deve receber a pronta adesão do operador do direito.

Para terminar, uma palav1 a sobre o prequestionamento em recurso extraordinário de terceiro. Em princípio, não deveria baver regramento diverso para o recurso extraordinário de tcrceiro31• Não teria sentido exigir que, no recurso da parte, houvesse efetiva mrilli festação judicial sobre o tema e, no recurso do terceiro, fosse dispensada. Como visto, ou prequestionamento é decorrência da própria Constituição Federal, e não pode ser evitado ou minimizado pelos órgãos jurisdicionais, ou então se trata de exigência ilegítima.

Como se sabe, o terceiro rejudicado pode recorrer (CPC, art. 499). Não há previsão de recursos próprios para o terceiro, podendo este interpor qualquer um dos recursos previstos na legislação federal. Para interpor qualquer um desses recursos, o terceiro deve preencher os correlatos requisitos de admissibilidade,

porquanto não há diferença uanto aos requisitos de admissibilidade, por ser o recorrente parte ou terceiro. Diante disso, sendo o prequestionamento inerente aos recursos especial e extraordinário, deve o terceiro recorrente a ele sujeitar

-se, não sendo admitido um .ipelo extremo por ele interposto que nã.o atenda a tal exigência32. Vale ressaltar que o prequestionamento contém sentido equívoco: pode ser considerado como atividade da parte ou ser confundido com a abordagem da matéria na decisão recorrida. Os tribunais superiores, quando aludem a prequestionamento, estão a considerar esse segundo sentido: o de que deve haver pronunciamento a respeito da questão constitucional ou federal.

3 1 . Cf. voto do Min. Moreira Alves. ro RE 98.81 7-3-RJ, julgado em 1 6. 1 1 . 1 982, publicado na RT 574/277-280.

32. DIDIER JR., Frcclic. Recurso de re -ceiro ·111izo de admissibilidade. São Paulo: RT, 2002, n. 2.2.4., p. 60-69.



RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Se a decisão apreciou a questão - expressa ou implicitamente -, poderá o terceiro ingressar com o recurso extraordinário; se não o fez, e a questão fora levantada anteriormente, ou é questão de ordem pública (de que serve de exemplo a não-citação de litisconsorte necessário), poderá provocar o órgão julgador a manifestar-se, por embargos de declaração, abrindo ensejo à interposição do recurso excepcional. E aqui se mostra claramente quão equivocada é a

concepção do prequestionamento como ato prévio da parle; se assim o fosse, jamais o terceiro poderia interpor estes recursos, por não ter "prequestionado", pela simples circunstância de que, até aquele momento, não participava do feito.

Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Min.

Eduardo Ribeiro (REsp 248.089-PR, j. 06.06.2000):

"Em relação ao prequcstionamento, ou se adota uma postura lógica, coerente, o que requer seja exigido em todos os casos, ou se admite que se trata de requisito dispensável e, por conseguinte, não haverá razão para tê-lo como necessário em qualquer hipótese. A razão de ser de não se prescindir de que a matéria haja sido prequestionada reside em que não é possível violar a lei, ou configurar-se o dissídio, em relação a tema não examinado. Daí, como se tem dito, tratar-se de algo muito próprio do recurso extraordinário, tomada a expressão em sentido amplo. Se se pudesse conhecer do especial, em algum caso, ainda que o tema não tivesse sido considerado pela decisão recorrida, há que se aceitar, forçosamente, ser despicienda a exigência, também para os outros"JJ.

José Miguel Garcia Medina posiciona-se no sentido de que, mesmo nas hipóteses de litisconsorte não citado (matéria de ordem pública), é absolutamente fundamental que o tribunal recorrido manifeste-se sobre a questão, podendo valer-se o terceiro dos embargos de declaração para suprir o silêncio. Não sendo possível a interposição dos embargos declaratórios para sanar eventual omissão, incabível a interposição do recurso extraordinário pelo terceiro34.

Mantovanni Colares Cavalcante examina o tema, elaborando um esboço histórico da questão na jurisprudência dos tribunais superiores. Demonstra o autor que há julgados no STF que relativizam a exigência do prequestionamento no recurso extraordinário de terceiro, em casos de impossibilidade processual de sua oco1Tência. Pondera o professor cearense que essa postura, em determinadas situações, notadamente aquelas que envolvem litisconsorte necessário não-citado, é a mais correta e favorece a economia processual, pois evita futura ação rescisória ou querela nullitatis. Conclui, então, que, embora a regra deva ser mantida em 33. Aclolaodo esse posicionamento, com mais argumentos, MAZZEI, Rodrigo. ··o manejo dos declaralórios pelo terceiro prejudicado". Aspectos polémicos e atuais sobre os terceiros 110 processo civil e ass1111/os afins. Fredic Didier Jr. e Ten.:sa Arruda Alvim Wambier (coord.). São

Paulo: RT, 2004, p. 903-907.

34. M EDINA, Garcia. O preq11estio11ame11to .. ., cil., p. 220-222.



relação ao terceiro, nos casos em que se revelar impossível o prequestionamento, ele deve ser mitigado35. De fa o, é preciso que todos enfrentem um importante tema do direito processual, e emo desafio: mitigar os prejuízos que posturas eminentemente formalistas podem causar à tutela dos direitos subjetivos. E o prequestionamento é a uma das válvulas de escape dos tribunais superiores, que se valem dele para deixar de julgar o mérito dos recursos, em diversas opottunidades. E como se isso não bastasse, STF e STJ adotam concepções diversas sobre o fenômeno, dificultando aindf mais o trabalho dos demais operadores jurídicos.

7. EXJ GÊNCIA DE P RÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS OR DINÁRIAS

Os recursos extraordinário e especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única. Não podem ser exercitados per saltum, deixando in a/bis alguma possibilidade de impugnação. As cortes de cúpula só devem manifestar-se sobre questão que tenha sido resolvida na instância ordinária.

Ora, tanto o recurso especial como o recurso extraordinário são cabíveis de decisões que tenham julgado a causa em última ou única instância. Logo, enquanto houver recurso na instância de origem, ainda não houve decisão de última ou única instância. É necessário, como se percebe, o prévio esgotamento das instâncias ordinárias para que se possa intentar os recursos extraordinário e especial.

Tal exigência consta, aliás, do enunciado n. 207 da súmula do STJ, que está assim redigida: "É inadmissí el recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão pr ferido no tribunal de origem".

À evidência, reformada a sentença de mérito por maioria de votos, não se deve interpor, desde logo, o recurso especial, justamente porque ainda não se 35. "Negar vigência. em suma, é não aJrnitir a existência do tratado ou da lei federal. E é justameme isso que ocorre quando a decisão de trib mal ignora a regra processual que impõe o chamamento ao processo do litisconsórcio necessário, e nesse caso o terceiro deve ter como meio a seu alcance a possibilidade de manejo do recurso especial para anular mencionada decisão, ainda que não explicitada pelo acórdão recorrido, e mesmo não tendo mgressado com embargos de declaração para forçar o tribuna 1 a se manifestar sobre a questão. Basia imaginar a situação em que o terceiro só tome conhecimento da ação quando já decorrido o prazo para a nterposição dos embargos de declaração, restando ainda o prazo de apresentação do recurso especial. egar a apresentação desse recurso pela não utilização dos embargos µrequestionadores que inclusive se deu por razão alheia à vontade do terceiro é remetê-lo à ação rescisória, com os inúmeros transtornos dela decorrentes, proporcionando inclusive às partes uma falsa percepção de encerramento da causa, quando 1 matéria certamente será discutida e invalidada a decisão anterior".

("A intervenção de terceiro nos re�ursos especial e exlraordinário e o prequestionamento". Aspectos polêmicos e a111ais sobre os Jerceiros no processo civil e assunlo�· afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulc : RT, 2004, p. 665).

esgotaram as instâncias ordinárias. É que cabíveis, ainda, embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, salvo se a sentença tiver sido proferida em processo de mandado de segurança (art. 25 da Lei n. 1 2. 0 16/2009) De igual modo, eis o enunciado n. 2 8 1 do STF assim averba: "É inadmissível o recw·so extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada". Desse modo, proferida, por exemplo, uma decisão isolada pelo relator, não é possível interpor, desde logo, o recurso especial ou extraordinário, pois ainda não se esgotou a instância ordinária, eis que cabe o

agravo interno.

É necessário, portanto, o prévio esgotamento dos recursos possíveis de serem interpostos para que possam ser interpostos os recursos excepcionais.

Como visto no capítulo respectivo, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão, sendo certo ser possível a oposição dos embargos contra decisão isolada de relator em tribunal. Nesse caso, opostos embargos contra decisão de relator, é o próprio relator quem deve julgar os embargos, em nova decisão isolada.

Tem sido, contudo, frequente o hábito de alguns relatores de, em vez de julgarem isoladamente os embargos, levarem-nos a julgamento do colegiado, daí sendo proferido acórdão. Tal acórdão não constitui, no entendimento do STJ, decisão de última instância, pois serviu, apenas, como meio de integração de uma decisão unipessoal, a qual ainda não foi revista em sede de agravo interno.36

Em situações assim, não deve a parte já i nterpor recurso especial ou extraordinário, cabendo, antes, a interposição de agravo interno para, somente depois, poder intentar os correspondentes recursos excepcionais.37 Não teria bavido, em 36. "AGRAVO REGIMENTALEM AGRAVO DEINSTRUMENTO. APELAÇÃOJULGADAPOR DECISÀO

MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO.

AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA N. 28 1/STF. PRECEDEN

TES.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nos tennos do art. 105, líl, da Constituição Federal. Assim, constitui pressuposto de admissibilidade do apelo excepcional o esgotamento dos recursos cabíveis na instância ordinária (Súmula n. 281/STF).

2. Apreciada a apelação em decisão monocrática, seria indispensável submetê-la ao colegiado, por meio do agravo previsto no art. 557, § 1 º, do Código de

Processo Civil, mostrando-se insuficiente a oposição de embargos declaratórios. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido." (Acórdão unânime da 2• Tunna do STJ, AgRg no Ag 772.942/RJ, rei. Min.

João Otávio de Noronha, j. 19.09.2006, DJ de 25. l 0.2006, p. 1 89).

37. "PROCESSUAL CfVlL. ADMíNISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 3 , 1 7%. AGRA

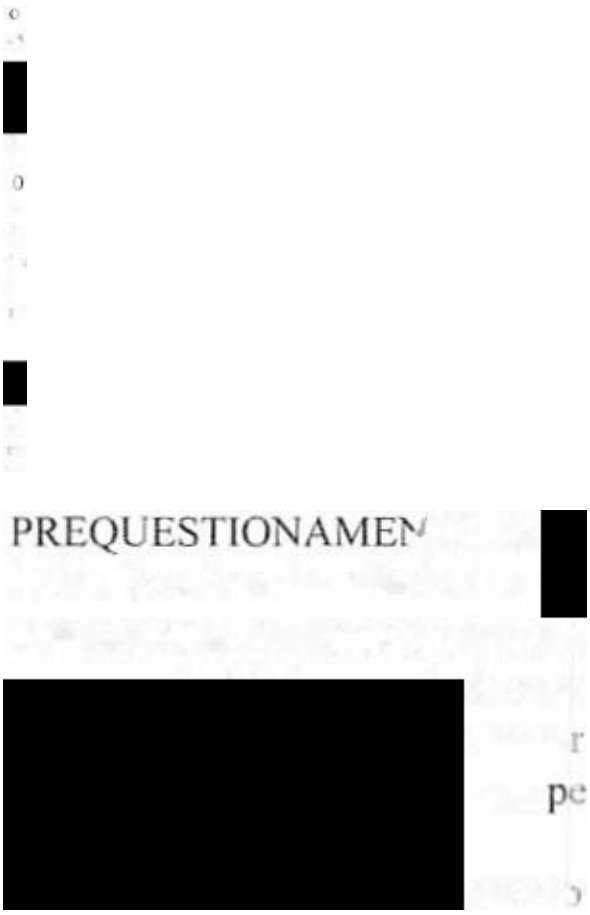
VO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO JULGADA POR DECTSÃO

MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO.

AUSÊNCIA DE EXAURJMENTO DA INSTÂNCIAORDINÁRJA. SÚMULA281/STF. PRECEDENTES.

AGRAVO IMPROVIDO.

285



ouh·as palavras, o esgotamento prévio das instâncias ordinárias, eis que cabível, ainda, o agravo interno.

Se, porém, o colegiado, n tribunal local, recebeu os embargos de declaração como agravo interno, terá, então, havido o esgotamento prévio, cabendo, a partir daí, o recurso especial e/ou o recurso extraordinário.38

8. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL CONTRA PROVIMEN

TOS DE URGÊNCIA(SÚM ULA DO STJ, N. 86 E SÚ M U LA DO STF, N. 735) De acordo com os arts. 1 2, UI, e 105, l l l , ambos da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm competência

para, em recurso extraordinário e em recurso especial, respectivamente, j ulgar as causas decididas em única OL última instância, quando a decisão recorrida, além de outras hipóteses, violar nonna constitucional (no caso do recmso extraordinário) ou de lei federal (no caso do ·ecurso especial).

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar cm recurso especial as causas decididas cm (mica ou úhima ins tância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nos termos do an. 105, Ili. da Cons ituição Fcclcral. Assim. constitui pressuposto de admissibilidade do apelo excepcional o esgotamento dos recu1 sos cabíveis na instância ordinária (Súmula 281 /STF).

2. Hipótese em que caberia à pane awavantc interpor o agravo previsto no an. 557, § 1°. do Código de Processo Civil contra a decisão monocrática 1ue apreciou a apelação, integrada pelos embargos declaratórios, julgados pelo órgão colegiado. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido." (\córdão unânime da 5• Turma do STJ, AgRg no Ag 669.883/RJ. rei. Min.

Arnaldo Esteves Lirna.j. 07.02.200 , DJ de 24.04.2006, p. 439).

'"PROCESSUALCIVfL. AGRAVI) REGIME TAL.AGRAVO DE 1 STRUMENTO. RECURSO ESPE

CIAL INTERPOSTO DE DECIS,i.O MONOCRÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. ÃO-EXAUR.IME TO

DAS VIAS RECURSAIS.

1 - É incabível recurso especial contra decisão rnonocrática proferida por relator em agravo de instrumento, ainda que os embargos de dcclara.;ão opostos tenham sido julgados por decisão colegiada.

11 - Agravo regimental desprovido." (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, AgRg no Ag 806.1 90/PR, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.1 2.2006. DJ de 05.03.2007, p. 297).

38. '"PROCESSUAL C I V I L. RECL RSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO DA MÁQUI A JUDICIÁRIA. REC ONHECIMENTO.

ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. FALTA DE

TO. SÚl\fULA 2 1 1/STJ.

1. Tendo a Coordenadoria da Seg mda Turma ccnificado inexistência de via original de petição de agravo regimental enviada por fax que fu11damenlou o não-conhecimento cio recurso, ajun t ada da petição demonstra

o erro material decorrente do serviço judiciário e o conhecimento cio agravo regimental.

2. Com o julgamento dos cmba gos de declaração contra decisão monocrática no tribunal de origem, recebidos como agravo interno

colegiado, houve exaurimcnto ele instância. Cabível a abenura da via especial.

3. Não se conhece de recurso cs1 ecial quando a matéria discutida no feito não foi devidament.e prequestionada na instância ordinária.

4. Embargos acolhidos com efe11os modificativos. Agravo regimental improvido.'" (Acórdão unânime da 2• Turma do STJ, EDcl no A�Rg no REsp 693.707/RS. rei. Min. Castro Meira, j. 03.05.2005. DJ de 05.06.2006, p. 248).

RECURSO EXTRAOHDINÁlllO E RECURSO ESPECIAL

Considerando que os referidos dispositivos constitucionais aludem ao julgamento de causas, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que não seria possível interpor recurso especial ou extraordinário contra acórdão proferido em agravo de instrumento.39 É que, segundo tal entendimento, quando os dispositivos constitucionais referem-se à causa estão a tratar da extinção do processo com ou sem resolução do mérito, não abrangendo as decisões que versam sobre incidentes processuais.

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu.

Com efeito, dirimindo o dissenso doutrinário e jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 86 de sua súmula de jurisprudência, de cujos tem1os se extrai a seguinte dicção: "cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento".

Dessa orientação não dissentiu o Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do j ulgamento proferido no Recurso Extraordinário n. 1 53.83 1 -7-SP, em que se consignam alguns precedentes da própria Corte Suprema e se conclui que

"o termo 'causa' empregado no art. 1 05, Jll, da CF compreende qualquer questão federal resolvida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Ten-itórios, ainda que mediante decisão interlocutória".4º

A interposição de recurso extraordinário ou especial contra decisão interlocutória passou a ser tão aceita que ao art. 542 do CPC foi acrescentado o § 3º, em cujos termos se estabeleceu, nesses casos, a obrigatoriedade de o recurso ficar retido nos autos, devendo ser reiterado no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final. Na verdade, o recurso extraordinário ou especial deve ficar retido quando interposto contra decisão interlocutória, e não quando interposto contra acórdão em agravo de instrumento. É que, nem sempre um acórdão em agravo de instrumento terá conteúdo de decisão interlocutória. Por outro lado, é possível que um acórdão em apelação contenha matiz de decisão interlocutória.

Imagine-se, por exemplo, que, num agravo de instrumento interposto contra determinada decisão interlocutória, o tribunal resolva, reconhecendo a ilegitimidade de uma das partes para a causa, extinguir o processo sem resolução do mérito.

Nesse caso, a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeira instância está

39. REINALDO, Demócrito Ramos. "O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1995, n. 78, p. 9-18.

40. Acórdão unânime da 1• Turma cio STF, R.E 1 53.831 -7-SP, rei. Min. Ellen Gracic, j. 0311 212002, Revista de Processo, 1 1 2/339.

n

u

sendo substituída por uma sentença, ou seja, o processo foi extinto pelo j ulgamento do agravo de instrumento, que, no particular, terá conteúdo de sentença, vindo o recurso extraordinário ou especial a ser interposto contra uma sentença, e não contra uma decisão interlocutória. É possível, ainda, que de uma sentença terminativa o autor tenha interposto uma apelação, vindo o tribunal a dar-Lhe provimento para concluir ser possível o exame do mérito, não sendo o caso de aplicar o § 3º do art. 5 1 5 do CPC, por ser necessária a produção de alguma prova. Nessa hipótese, o tribunal irá detem1inar o retorno dos autos à primeira instância para que o juiz proceda à instrução e, depois, profira a sentença de mérito. A sentença foi substituída por uma decisão interlocutória, ou seja, o julgamento da apelação resolveu um incidente, não p ndo fim ao processo, eis que este prosseguirá para que seja exarada uma sentença. Do acórdão do tribunal que julgou a apelação caberá recurso extraordinário u especial que deverá ficar retido, porquanto interposto contra decisão interloct tória, é dizer, contra acórdão que ostenta conteúdo de decisão interlocutória.

Enfim, assentou-se o ente dirnento segundo o qual o termo causa constante do texto constitucional abrange não somente o julgamento final da demanda, como também a resolução de qual uer incidente no processo, de sorte que se afigura cabível o recurso extraordinário ou o recuJso especial contra qualquer acórdão, tenha ele conteúdo de decisão interlocutória ou de sentença.

Não obstante a definição de tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a o enunciado 735 de s a Súmula de Jurisprudência Predominante, cujo teor está assim redigido: "não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar". Os precedentes que deram origem a tal enunciado denotam quais as rationes decidendi que fundamentam o entendimento: a aferição da existência dos requisitos para a concessão da liminar situa-se na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, além de não ser manifestação conclusiva ou definitiva do caso, não se enquadrando na hipótese do art. 1 02, I I I, da Constituição Federal, de forma a ser insuscetível de apreciação no âmbito do recurso extraordinário.

Cumpre, a propósito, registrar breve repúdio à assertiva de que a concessão da

liminar se situa na esfera de avaliação subjetiva do magistrado. Não existe subjetivismo na análise judicial. A concessão ou a denegação de provimento de urgência encontra balizame to em regras específicas da legislação processual, devendo o juiz, ao proferir s a decisão, fundamentá-la, demonstrando as razões pelas quais estão preenchidos ou não os requisitos do provimento de urgência. A verificação da presença de tais pressupostos rende ensejo à revisão pelos tribunais, eis que se trata de atividade i nterpretativa.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

O enunciado n 735 da súmula do STF estabelece que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere 1 iminar. A razão do entendimento repousa na circunstância de o julgamento assim proferido deconer de um juízo de cognição sumária, sendo provisório. O recmso extraordinário estaria a reclamar providência definitiva para instamar o contencioso consti.tucional. Na verdade, continua sendo cabível o recurso extraordinário contra decisão interlocutória, com a nota marcante de ficar retido, mercê da regra contida no art. 542, § 3º do CPC. Somente não cabe o recurso extraordinário se o provimento for precário, provisório, fundado em mera probabilidade ou verossimilhança; enfim, se se tratar de provimento decorrente de uma simples cognição sumária.

Realmente, "quer se trate de l iminar em mandado de segurança, quer em ação cautelar, a decisão proferida não se enquadra na previsão do a1tigo 542, §

3°, do Código de Processo Civil, considerada a redação imprimida pela Lei nº

9.756/98. A razão é muito simples: respeitado o preceito, o recurso extraordinário i nterposto, uma vez julgada a própria ação cautelar, ficará prejudicado. Por isso, declarei-o inadequado à espécie. A prevalecer a óptica do agravante e presente o predicado 'utilidade', detem1inar-se-á, de imediato, o processamento, se for o caso, do recurso extraordinário. A liminar é decisão precária e efêmera que não desafia a recotTibilidade extraordinária".41

Parece, de fato, não ser cabível o recurso extraordinário, ao menos sob esse fundamento. A inviabilidade do extraordinário não resultaria do argumento que vem fundamentando os precedentes que deram origem ao enW1ciado 735 da Súmula do STF. O fato de a decisão ser provisória e estar fundada em cognição sumária não a afasta do conceito de causa encartado no art. l 02, I II, da Constituição Federal.

Na verdade, o recurso extraordinário revelar-se-ia incabível na espécie, porque é reflexa ou indireta a alegada violação a dispositivo constitucional.

Com efeito, ainda que a l imjnar fundamente-se em dispositivo constitucional, para demonstrar a suposta violação pelo acórdão recorrido a qualquer norma da Carta Magna, o recorrente terá que discorrer sobre o dispositivo legal que trata dos requisitos para a concessão do provimento de urgência. Se se tratar de tutela antecipada satisfativa genérica, deverá demonstrar a ausência dos pressupostos

do art. 273 do CPC; caso se trate de medida cautelar, o recurso haverá de demonstrar a ausência dos pressupostos encartados no art. 798 do CPC (se cautelar definitiva) ou no art. 804 do CPC (se tutela antecipada cautelar). Enfim, haverá, a bem da verdade, ofensa aos atts. 798 ou 804 do CPC (se for cautelar) ou ao ati. 273 do CPC (se for tutela antecipada satisfativa).

4 1 . Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, do STF, no AI 245.703 AgR/SP,j. 16/12/l 999, DJde25/02/2000.

tudo,



o

FREDIE DIDIER Jrc E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Como se percebe, os dispositivos que estabelecem os requisitos para a concessão de um provimento de urgência inserem-se na legislação infraconstitucional, refugindo, pois, do âmbito do extraordinário.

A alegada afronta a qualquer dispositivo constitucional, nessas hipóteses, somente restará demonstrada pelo recorrente, após disconer sobre requisitos que estão em normas de cunho infraconstitucional. Enfim, num caso como esse, para se demonstrar ofensa ao dispositivo constitucional ter-se-á, pela via oblíqua, que comprovar contrariedade a normas infraconstitucionais. Não é caso de recurso extraordinário, portanto. A propósito, cumpre lembrar o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal. Secunda-o Theotônio Negrão:

"A ofensa a preceito constitucional, para que autorize o recurso extraordinário, há de ser ' direta e frontal ' (RTJ 1 0 7/66 1 , 1 20/9 1 2, 1 2 51705), 'direta e não por via reflexa'

(RTJ 1 051704; neste sentido. RTJ 105/1 .279, 1 271758, 1 2 8/886; STF-RT 640/229);

'se para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso' (RTJ 94/462; neste sentido: RTJ 60/294, 84/1 19, 1 03/1 88, 1 04/ 1 9 1 , 1 4 1 /980, 143/1 .003), que, em tal hipótese, somente pode -;er o especial".42

Tudo está a indicar, portanto, que de acórdão que defere ou confirma liminar não

cabe recurso extraordinário (súmula do STF, n. 735) sob o fundamento exposto, sendo admissível, con o recurso especial, caso realmente não estejam

presentes os pressupostos para a concessão do provimento de urgência ou quando arrostada alguma regra que vede ou impeça a concessão da medida. Nesse caso, haverá ofensa ao dispositivo legal que estabelece os requisitos específicos para a concessão do provimento de urgência.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo no Agravo de Instrumento n. 762.445/TO, Jembrand o entendimento do STF, consolidado no enunciado 735

de sua Súmula de Jurispn dência Predominante, concluiu não se poder afastar, de modo absoluto, o cabimento de Recurso Especial contra provimento de urgência, assentando não ser possh el a revisibilidade, no âmbito de tal apelo excepcional, dos pressupostos da medida de urgência, dada sua precariedade e diante do óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ. Cabe, conn1do, o Recurso Especial, quando impossível a medida de urgência ou em razão da violação a alguma regra que vede ou restrinja sua concessão.

É possível, porém, imaginar o cabimento de recurso extraordinário contra esse tipo de acórdão, fato qt1e conb·aria o enunciado da súmula: pense-se no caso de acórdão que violasse regra de competência prevista na Constituição ou não tivesse fundamentação adequada (art. 93, IX, CF/88). Nesses casos, a despeito

42. Código de Processo Civil e leg.slação processual em vigo1: 25" edição. São Paulo: Malheiros, p. 1 .299.

de tratar-se de acórdão sobre medida liminar, há possibilidade de utilização do recurso extraordinário para o STF.

9. RECURSO EXTRAORDINÁRlO E RECURSO ESPECIAL RETIDOS

(ART. 542, § 3º, CPC)

Prescreve o § 3° do art. 542 do CPC, que o recurso extraordinário ou o recurso

especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, embargos à execução ou cautelar, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a paiie, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

Trata-se de recursos compulsoriamente retidos. Essa retenção obrigatória visa evitar que determinados recursos sejam julgados, se a matéria neles versada deixou de se revelar relevante ou necessária para a parte recorrente. É preciso examinar todos os elementos do tipo, para a correta aplicação do comando normativo.

a) Primeiramente, convém lembrar que a interposição de um recurso extraordinário (lato sensu) depende do esgotamento das vias ordinárias. Assim, não se pode falar, como o fez o legislador nesse dispositivo, que cabe recurso especial contra decisão interlocutória, pois contra esse tipo de decisão cabe o agravo de instrumento ou retido.

Assim, o texto do § 3° do art. 542 deve ser compreendido como se fizesse referência ao julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida em processo ele conhecimento, cautelar ou embargos à execução. Aliás, o STJ já consagrou o entendimento de que é possível a interposição ele recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento (enunciado n. 86 da súmula da sua jurisprudência predominante).

Bernardo Pimentel Souza entende que o § 3° do art. 542 deve ser aplicado, também, nos casos de recurso extraordinário/especial interpostos contra qualquer acórdão inlerloculório (que não implique extinção do processo), mesmo tendo sido proferido

"nas ações de competência dos tribunais regionais e estaduais, como as ações rescisórias, os mandados de segurança originários e as ações cautelares originárias".43

É o caso, por exemplo, do acórdão que indefere a realização ele uma determinada prova em ação rescisória.

Em outras palavras, quando o dispositivo alude a decisão interlocutória, está a referir-se a acórdão com conteúdo de decisão interlocutória. Assim, por 43. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6 1 8. Também assim, MO

REIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, V. 5, p. 60 J .

291



exemplo, conhecida e provida apelação para anular sentença, o acórdão que assim concluiu ostenta conteúdo de decisão ioterlocutória, eis que haverá o retomo dos autos ao juiz de primeira instância para que seja proferida outra sentença, não havendo encerramento da atividade jurisdicional. No particular, o recurso especial ou extraordinário que fosse interposto haveria de ficar retido, porquanto está se voltando contra uma decisão interlocutório, ou seja, contra um acórdão com conteúdo de decisão interlocutória. Por outro lado, imagine-se a hipótese de o tribunal, no agravo de instrumento, reconhecer a ilegitimidade da parte e já extinguir o processo sem julgamento do mérito. Nesse caso, conquanto o acórdão tenha sido proferido em agravo de instrumento, não ostenta conteúdo interlocutório, não devendo ficar retido o recurso excepcional que venha a ser interposto.

Enfim, ao se referir a decisão interlocutório, o dispositivo está a aludir a acórdão com conteúdo de decisão interlocutório.

b) Não havia necessidade de referência expressa às decisões interlocutórias proferidas em embargos de execução, eis que é exemplo de processo de conhecimento. Deve ser ressaltada, ainda, a exclusão das decisões interlocutórias proferidas em processo de execução44: assim, recurso extraordinário (lato sensu) interposto contra acórdão que julgar agravo de instrumento em tais situações não ficará obrigatoriamente retido nos autos, sendo processado imediatamente.

Por aí já se percebe que, em se tratando de processo de execução, o recurso especial ou extraordinário não ficará retido. A retenção somente se opera, se se tratar de processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução. Quanto a estes últimos, é de se observar que o dispositivo não se referiu a "embargos do devedor", mas sim a "embargos à execução", de sorte que todos os mecanismos que embarguem ou suspendam a execução incluem, ao que parece, na previsão. Assim, em se tratando de embargos do devedor, de embargos de terceiro, de embargos à arrematação e de embargos à adjudicação, deverá haver a retenção

do recurso especial ou extraordinário que venl1a a ser intentado contra decisão interlocutória.

c) A redação legislativa não deixou claro qual é o momento em que o recorrente deve ratificar a interposição do recurso e pedir o seu processamento. Fala-se 44. Criticando a opção legislativa, Donaldo Annelin: "Não há, realmente, porque se excluir o processo de execução daquele rol. SomenLe entendimento doutrinário superado poderia sustentar esta exclusão, a teor de uma suposta ausência de contradit ·rio em tal processo. Mas basta atentar-se para a admissibilidade da exceção de pré-executividade para se reconhecer a possibilidade de decisões interlocutórias no seu bojo e, pois, a possibilidade de interposiçf.o de recursos contra estas" ("Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 'i. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.).

São Paulo: RT, 1 999, p. 205).

no prazo para a interposição do recurso/contrarrazões da decisão final. Duas dúvidas: i) é preciso entrar com recurso contra a decisão final, para que se peça o

"destrancamento" do recurso anteriormente interposto? ii) qual é a decisão final?

A resposta à primeira pergunta é negativa. Não é indispensável a interposição de novo recurso, agora contra a decisão final, para que se peça o processamento do recurso anteriormente interposto e que ficara retido - até porque pode não ser

cabível recurso contra essa decisão final. Se for o caso, basta a apresentação de simples petição confirmando a vontade de ver processado o recurso interposto45.

Se o recorrente não reiterar a interposição do recurso, não se opera o efeito devolutivo, não devendo a maté1ia ser conhecida pelo órgão ad quem. Na verdade, os recursos retidos têm efeito devolutivo diferido, somente sendo produzido quando houver reiteração. Não havendo reiteração, não há como ser conhecido o recurso, dada a falta de devolutividade da matéria.

Decisão.final, para fim de aplicação do § 3° do art. 542 do CPC, é aquela contra a qual não mais cabe qualquer recurso ordinário; em outras palavras, decisão final, aqui, é aquela contra a qual somente cabe, em tese, recurso extraordinário ou recurso especial. No mais das vezes, a decisão final será o acórdão que julgar a apelação ou os embargos infringentes46. A razão de ser da opção legislativa parece interessante: represam-se os recursos extraordinários interpostos durante o processamento nas instâncias ordinárias, para que todos subam em um mesmo momento - algo do tipo: se é para "incomodar" o Tribunal Superior, que se o faça de uma vez.

d) Mas a aplicação do dispositivo normativo não é tão simples. A doutrina e a jurisprudência têm identificado situações em que, a despeito de ter sido interposto contra acórdão com conteúdo de decisão interlocutória em processo de conhecimento ou cautelar, o recurso extraordinário (lato sensu) não ficará retido, devendo ser processado imediatamente.

45. SOUZA, Bernardo Pimentel. /ntrod11çào aos recursos cíveis e à ação rescisória. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 622; CARNEJRO, Athos Gusmão. "Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial". Aspectos polêmicos e atuais cios recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 125; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 602.

46. YA RSHELL, Flávio Luiz. "Ainda sobre a retenção dos recursos extraordiuário e especial: meios de impugnação da decisão que a determina". Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2000, p. 160; CARNEIRO, Athos Gusmão. "Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial". Aspectos

polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1 999, p. 125.

293

O

inadequada,

FREDIE DIDIE'[illegible] JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Bernardo Pimentel Souza adverte que: "o §3.0 do art. 542 deve ser temperado cum grano salis. Tratando-se de recurso especial que versa sobre tutela antecipada41, não é possível a aplicaçã da regra de retenção. É que a retenção do especial que cuida antecipação de tutela torna o recurso absolutamente inútil. Daí a necessidade de processamento imediato do especial". Na opinião do autor, o mesmo se pode dizer sobre o recurso excepcional que ataca decisão que determinou a suspensão do processo, pois •·após a extinção do processo, a discussão acerca da suspensão fica prejudicada". Conclui: essa regra não é absoluta48.

José Carlos Barbosa Moreira, além dos casos em que bouver risco de prejuízo irreparável, alerta, ainda, que o sobrestamento de tais apelos extremos deve ser evitado, nos casos em que vier a redundar em desperdício de atividade processual.

"Assim, por exemplo, suscitando dúvidas sobre a competência, o melhor é resolver desde logo a questão, para evitar a eventual invalidação dos atos praticados por órgão que depois venha a sei declarado absolutamente incompetente"49.

Também não se deve reter o recurso extraordinário, quando o acórdão do agravo de instrumento versar sobre questão que se desgarrou do processo que continua tramitando no juízo singular. Este tipo de questão foi examinado quando se tratou do problema do caoimento do agravo de instrumento ou retido contra decisões interlocutó1ias que a tenham por objeto (ver capítulo sobre o agravo,

neste volume). Por exemplo· não have1ia qualquer sentido na retenção de um recurso especial interposto por litisconsorte que fora excluído do processo (decisão interlocutória), que, nessa condição, não poderia reiterá-lo ulteriormente.

Se bem pensadas as co sas, é di ficil imaginar hipóteses em que o recurso especial/extraordinário deva ficar retido quando interposto contra acórdão que julgar agravo de insb·mnento, tendo em vista a nova sistemática de cabimento desse último recurso. Como se viu em capítulo próprio, atualmente o agravo de instrumento somente pode ser utilizado quando houver urgência ou quando o regime do agravo retido for incompatível com a situação. Se há urgência, o recurso especial/extraordinario também não poderá ficar retido, conforme visto; se a retenção do recurso for

também não, como vimos. Assim, a aplicação do § 3° do art. 542 do CPC tende a restringir-se a casos de recurso especial/

extraordinário interposto contra acórdão interlocutório proferido em causas de competência originária de ·ibunal (como, p. ex., aquele que indefere a produção de uma prova em ação rescisória) ou em julgamento de apelação contra sentença

47. Assim, STJ, 3' Turma. MC n. 1 (59/PR, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 08.1 1 . 1 999; 5'

T., MC n. 4677/PE, rei. Min. Gilson Dipp, DJU de 04. 1 1 .2002.

48. /111rod11çào aos recursos cíveis < à ação rescisória. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 6 1 9-620.

49. Comentários ao Código de Proc·esso Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 602.

terminativa, em que se negou a possibilidade de aplicação do § 3° do art. 5 1 5 do CPC, determinando a devolução dos autos à primeira instância.

e) É preciso saber, ainda, qual o instrumento processual que deve ser uti- lizado para solicitar o processamento imediato do recw-so obrigatoriamente retido.

O STJ tem admitido vários instrumentos para o pedido de processamento imediato do recurso especial retido: de ação cautelar a simples petição

("Discussões doutrinárias à parte, qualquer meio é idôneo para destrancar recurso especial indevidamente retido" (STJ, Pet n. 3.357, rei. Min. Franciulli Netto; no mesmo sentido, STJ, 4" T., AgRg na Pet 6524 / PA, rei. Min. João Noronha, j. em 25.05.20 1 O, publicado no DJe de 02.06.20 1 O). No STF, admitiu-se a interposição de reclamação constitucional para determinar a imediata subida do recurso extraordinário retido na origem50. Não há recurso previsto contra a decisão que determina a retenção do recurso extraordinário/especial interposto

- nem é o caso de aplicação, por analogia, do agravo do art. 544, em razão da taxatividade dos recursos, muito embora o STJ, em vários precedentes, aceite o agravo51, entendendo, até mesmo, ser irrecorrível a decisão que dá provimento a tal agravo52.

Há, ainda, quem defenda que a determinação de retenção constitui mero expediente administrativo, podendo ser impugnado por simples petição, sem prazo específico. De fato, "a retenção do recurso especial nos autos (CPC, art. 542, § 3°) é da exclusiva alçada do Tribunal a quo, cuja decisão não tem caráter jurisdicional e pode ser reformada a qualquer tempo, naquela instância ou pelo Superior Tribunal de Justiça, por simples petição"53• A determinação, a toda evidência, contém matiz 50. Rei 2 5 1 O/IU, rei. M in. Marco Aurélio, DJ de 05. 1 2.2003, p. 45. Essa decisão monocrática foi referendada posteriormente pela 1" Turma do STF (DJ de 2 1 .05.2004, p. 43). Não admitindo a reclamação nem a ação cautelar, STJ, AGRRCL n. 1 243/SP, !" Seção do STJ, rei. Min. PAULO MEDINA, DJ 14.04.2003, p. 1 68.

5 1 . Conferir, entre outros, o acórdão unânime da 3' Turma do STJ, MC 2.361/SP, rei. Min. Nilson Naves, j.

08/02/2000, DJ de 1 3/03/2000, p. 176; RSTJ 1 35/29 1 .

52. "AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE DETERMINA O PROCESSAMENTO D E RECURSO ESPECIAL

RETIDO. DESCABIMENTO. 1 - É irrecorrível a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento de recurso especial, relido na forma do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Aplicação, por extensão, do artigo 258, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. II - Ausente qualquer análise do mérito do apelo excepcional pela

decisão que determina seu destrancamento, nao há prejuízo à parte e, por consequência, inexiste interesse recursai. Agravo não conhecido" (Acórdilo unânime da 3" Turma do STJ, AgRg no Ag 553.951/PR, rei. Min. Castro Filho, j.

1 3.09.2005, DJ de 10.1 0.2005, p. 357).

53. Acórdão não unânime da 2° Seção do STJ, RCL 781/SP, rei. Min. Ari Pargendler,j. 12.06.2002, publicado no DJ de 16.09.2002, p. 134; RSTJ 159/292.



judicial, não ostentando feição administrativa. Parece não ser possível combater a retenção com simples petição54.

Sem embargo da discussão doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento do meio de impugnação contra a retenção do recurso especial ou extraordinário, o certo é que, nesse caso, deve ser admitida afimgibilidade de medidas. Aliás, o STJ vem, no particular, aplicando o princ ípio da.fungibilidade e aceitando todo e qualquer meio idôneo a tentar evitar a retenção do recurso. Tem sido aceita a medida cautelar, bem como o agravo de instrumento ou, até mesmo, uma simples petição, requerendo seja dete1minado o processamento imediato do recurso, afastando-se sua retenção.

10. SISTEMA DE ADMISSI BILIDADE DESDOBRADO

Como a generalidade dos recursos, o juízo de admissibilidade é bipartido. Interposto o recurso especial ou extr aordinário perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem, a parte c ntrária será, imediatamente, intimada para oferecer contrarrazôes, após o que deve uma daquelas autoridades apreciar a admissibilidade do recurso. Será, então, exercido o juízo provisório de admissibilidade.

No tribunal superior, é exercido o juízo definitivo de admissibilidade. Admitido que seja o recurso pelo presi ente ou vice-presidente do tribunal local, o juízo provisório ali exercido não vincula o tribunal superior, que detém, como dito, o juízo definitivo de sua admissibil idade.

Caso o presidente ou vice-presidente do tribunal local não admita o recurso, cabe agravo para o respectivo tribunal superior (CPC, art. 544).

54. "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL RETIDO NA ORIGEM. ART. 542, § 3° CPC (REDAÇÃO

DA LEI 9.756/98). R.EQUERIMEN70 DE DESTRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO MEDlANTE

SIMPLES PETIÇÃO ENDEREÇADAAO STJ. PRETENSÃO DEADMISSÃO TMEDIATA DO RECUR

SO. PEDIDO JUR.IDICAMENTE IMPOSSÍVEL. fNDEFER.IMENTO DA INICIAL. 1 -Ajurisprudência da Segunda Seção admite que seja s licitado, mediante simples petição dirigida a esta Corte, o processamento do recurso especial, cuja retenção tenha sido detcnninada com base no art. 542, § 3°, CPC. li - O

processamento consiste no dcstrant amento da retenção, para permitir o oferecimento de contrarrazões pelo recorrido e o exercício do juízo prévio de admissibilidade na origem. 1 1 1 - Hã impropriedade procedimental do pedido formulado, em petição, no sentido de que 'seja deferido e determinado o processamento i11co11tinenti e imediato do recurso 'special e remetidos os autos a esse C. Superior Tribunal de Justiça', que não poder.í redundar em solução tão abrangente, posto que a admissão do recurso especial, seja ou não caso de retenção por força da le , não prescinde do respectivo juízo de admissibilidade na origem. IV

- Sendo a retenção fuodamentada ru ocorrência dos pressupostos abstratos da norma que o detem1ina, o processamento imediato do recurso é medid;1 de natureza excepcional, devendo subordinar-se à presença de requisitos justificadores, aferidos pela via da cautelar, garantindo-se a ampla defesa da parte contrãria, partindo-se da premissa de que nãc é dado ao magistrado, cm qualquer grau de jurisdição, escolher se cumpre ou não as determinações legais". (Acórdão unânime da 4• Turma do STJ, AGP 1.755/SP, rei. Min.

Sálvio de Figueiredo Teixcira,j. 26 1 112002, DJ de 19. 12.2002, p. 364).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

1 1 . PERMITEM EXECUÇÃO PROVISÓ RIA

A interposição do recmso especial ou extraordinário não impede a execução provisória do j ulgado. Isso porque tais recursos, via de regra, não são dotados de efeito suspensivo. Interposto o recurso, poderá a parte contrária já promover a execução provisória do julgado, mediante petição dirigida ao juízo competente (CPC, art. 475-P) instrnída com as cópias relacionadas no § 3° do art. 475-0 do CPC.

Tais cópias devem estar autenticadas, podendo o advogado declará-las autênticas.

Não é mais necessário requerer a extração da parte de sentença para que, somente depois de extraída, se inicie a execução provisória: basta já promover a execução, mediante petição acompanhada daquelas cópias previstas no aludido dispositivo.

A proposta de extinção de velho procedimento cartorial foi de Carlos Alberto Alvaro de O liveira, que assim a explicou:

"A inovação . . . extingue a velharia da Carta de Sentença, instituto medieval, passado em nome do Rei ou Rainha reinante, subscrito pelo Escrivão, assinado pelo Juiz, e selada pelo Chanceler, ou quem suas vezes fizer.

No Brasil, até o advento da reprografia, ainda se justi:ficava, pois era feita a bico de pena ou dati lografada pelo escrivão (ou se ajudante) e assinada pelo juiz . . . Depois da introdução de meios técnicos mais modernos de reprodução de originais, só servia para aumentar desmesuradamente os trabaU1os das secretarias dos tribunais e postergar ainda mais o início da execução provisória, pois em certos Estados da Federação chegava-se a exigir para sua expedição a decisão de admissão do recurso especial ou extraordinário (sabidamente sem efeito suspensivo)!"55

Se a execução provisória puder causar lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente, este pode intentar uma medida cautelar, destinada a dar efeito suspensivo ao recurso excepcional. A medida cautelar somente pode ser ajuizada no tribunal superior, se já admitido o recurso (enunciado n. 634 da súmula do STF).

Enquanto não admitido o recurso, a cautelar deve ser intentada perante o presidente ou vice-presidente do tribunal local (enunciado n. 635 da súmula do STF).56

O STJ, em casos excepcionais, vem admitido a cautelar, antes mesmo de ser admitido o recurso especial57. Não havendo excepcionalidade, a cautelar deve ser 55. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A nova execução de se111e11ça. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 208-209.

56. A 3• Turma do STJ, rei. Min. Nancy Andrighi, ao julgar o AgRg na MC 1 5.889/RJ, admitiu medida cautelar com a finalidade de desfazer efeito suspensivo concedido a recurso especial pela Vice-Presidência do tribunal de origem, por não ser cabivcl outro meio de impugnação. Em item especifico da ementa, asseverou-se que

"É posslvel o controle, por medida cautelar proposta diretamente no STJ, da decisão do Tribunal de origem que conferiu efeito suspensivo a recurso especial. Essa decisão, que é proferida mediante exercicio de poder delegado pelo Tribunal superior, não é passível de controle pelo órgão colegiado, em segundo grau".

57. Conferir, entre outros, o acórdão unânime da I " Turma do STJ, AgRg na MC 1 0.553/RJ, rei. Min. Teori Albino Zavascki,j. 031 1 1/2005, DJ de 1 911 2/2005, p. 208.

ajuizada no tribunal local, se o recurso especial ainda não foi admitido. Já admitido, a cautelar deve ser dirigida ao STJ. O STF, também em casos excepcionais, vem admitindo a cautelar ante mesmo de admitido o recurso extraordinário.58

O recurso extraordinário, para ser admitido, deve ostentar repercussão geral. E, nos termos do art. 543-B do C PC, é possível realizar-se, em causas repetitivas, o julgamento por amostragem, de sorte que se seleciona um deles para julgamento, devendo os demais ficar sobrestados, enquanto o recurso amostra não for julgado. Julgado o recurso amostra, os demais - que ficaram sobrestados - deverão seguir o mesmo resultado. Caso haja alguma urgência em relação a um dos casos deduzidos num dos recursos que está sobrestado, é inquestionável que cabe a cautelar, mas tal cautelar deve ser intentada perante o Tribunal local ou o STF?

Como aplicar os enunciados 634 e 635 da Súmula do STF aos casos contidos nos recursos extraordinários que ficaram sobrestados?

Na verdade, quando se adota o regime das demandas de massa, com o julgamento por amostragem dos julgamentos repetitivos, o caso está afetado ao STF. Os demais recursos - q e ficaram sobrestados - aguardam solução daquele recurso amostra. É bem verd.ide que, no tocante a tais recursos sobrestados, não há, enquanto perdurar o sobrl!stamento, o exercício do juízo de admissibilidade.

Rigorosamente, e seguindo-se a literalidade dos referidos enunciados 634 e 635

do STF, a cautelar haveria de ser proposta perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem. Acontece, porém, que, no caso do julgamento por amostragem, a sistemática distanc a-se um pouco do regime tradicional dos processos individuais. Escolhido um dos recursos e sobrestados os demais, a questão está pendente de apreciação no STF. A questão passa, em outras palavras, a concentrar

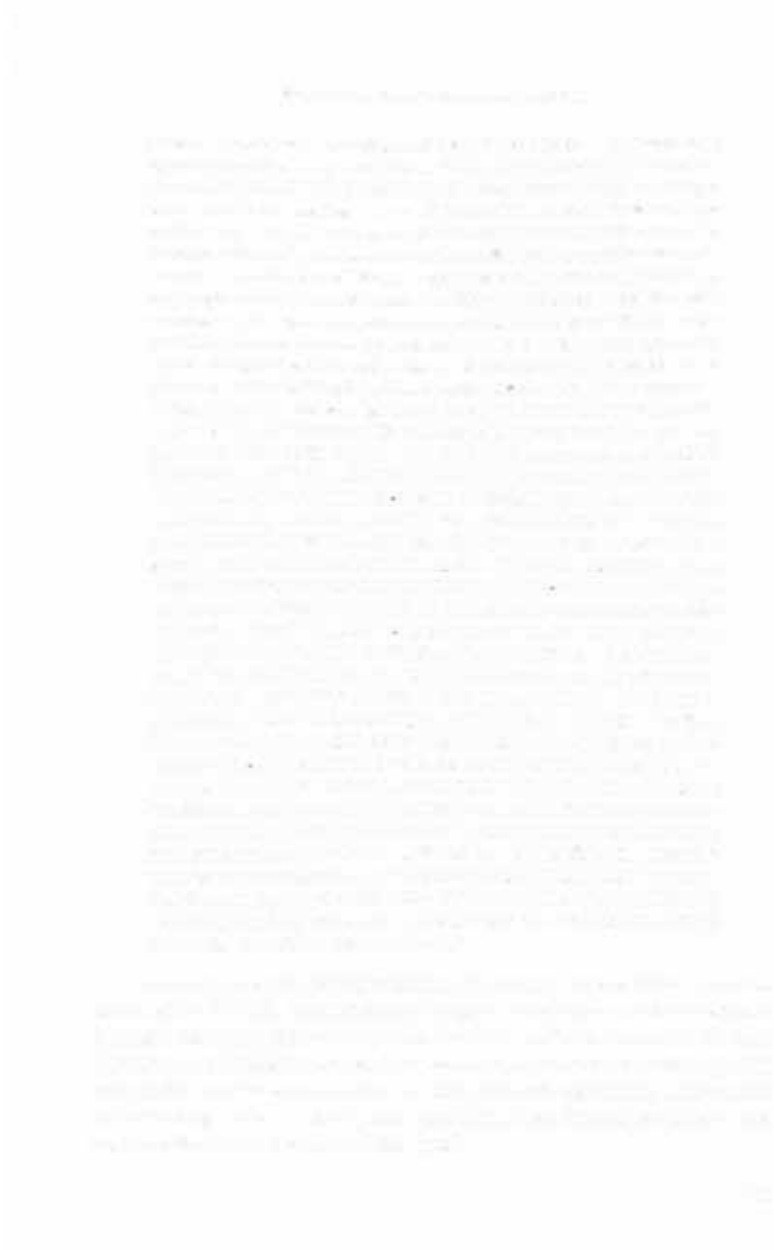
-se no STF. Logo, a cautelar não deve ser intentada no tribunal local, mas no STF.

Significa que uma cautelar relativa a um dos recursos sobrestados haverá de ser ajuizada perante o STF, e não perante o Presidente ou Vice-Presidente do

tribunal de origem. A propósito, cumpre ceder a palavra ao Ministro Eros Grau, do STF, que, ao conceder liminar na C 2.0 1 9/PR, assim se manifestou:

" 1 2. O Tribunal paranacns.; não procedeu ao j uízo de admissibilidade do recurso extraordinário interposto. 1 3 . A reforma processual que incluiu a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário trouxe novos aspectos a serem considerrdos para fins de conhecimento das ações cautelares de competência desta Corte. 1 . A declaração de existência de repercussão geral implica o sobrestamento dos recursos extraordinários nos Tribunais de origem [art. 543-8,

§ 1 º do CPC). 1 5 . A queslã de fundo do extraordinário interposto pelo Ministério 58: Acórdão unânime da 2' Tumia do STF, AC 1550/RO, rei. Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.2007, DJ de 18.05.2007, p. 103.



RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Público - fornecimento de medicamentos pelo Poder Público - foi declarada de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 566.4 7 1 , Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJE de 3.3.08. 16. O requerente informa que a jurisdição cautelar do Tribunal local esgotou-se. 1 7. O periculum in mora é indiscutível, na medida em que se cuida, no caso, do fornecimento de material médico para tratamento de saúde contínuo de menor acometida de diabetes. 1 8. O sobrestamento dos recursos extraordinários no Tribunal a quo impede o juízo de admissibilidade. A conjugação cios demais aspectos ela causa [existência ele

repercussão geral ela matéria reconhecida pelo Supremo, esgotamento da jurisdição cautelar cio Tribunal a quo e periculum in mora comprovado] permite seja conhecida a ação cautelar para que se conceda o efeito suspensivo aqui pleiteado. 1 9. Trata-se aqui de prestigiar o que a doutrina denomina de "função jurídica da tutela cautelar", traduzida no precedente da QO-AC n. 1 8 1 O, Relator o Ministro CELSO DE M ELLO, DJ de 3 1 . 1 0.2007:

"E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AINDA NÃO SOFREU

J ULZO DE A DM ISS I BILIDADE - ACÓRDÃO DO TRIBUNAL RECORRIDO

QUE VERSA MATÉRJA IDÊNTICA À VEICULADA EM CAUSAS JÁ PR EPA

RADAS PARA SEREM .JULGADAS PELO PLENÁ RLO DO SUPREMO TRIBU

NAL FEDERAL - RETARDAMENTO, PELA PRESIDÊNCIA DO TRTBUNAL

RECORRIDO, DA FORMULAÇÃO DO JUÍZO (POSITfVO OU NEGATIVO) DE

ADMISSIBI LIDADE DO APELO EXTREMO - POTENCIALIDADE DANOSA

RESULTANTE DESSA OMISSÃO PROCESSUAL, AGRAVADA PELA INÉRCIA

NO EXAME DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA-CARACTERJZAÇÀO

DE DANO POTENCLAL APTO A COMPROMETER, DE MODO G RAVE, A SITUAÇÃO J U RÍ DICA DA EMPRESA CONTRJBUINTE - POSSIBILIDA

DE, AINDA, DE FRUSTRAÇÃO DOS FINS INERENTES AO PROCESSO

CAUTELAR - H I PÓTESE EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA, NO CASO, O

EXERCÍCIO, PELO SUPREMO TRlBUNAL FEDERAL, DO PODER GERAL

DE CAUTELA- SfTUAÇÀO EXTRAORDrNÁRJA QUE AUTORIZA A NÃO

-INCIDÊNCIA DAS SÚ MULAS 634 E 635 DO STF - FUNÇÀO JURÍDICA DA TUTELA CAUTELAR - fNSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CAUTELAR

(BINÔMIO NECESSIDADE/UTILIDADE) - RELAÇÃO DE COMPLEM ENTA

RIDADE ENTRE O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR E O PRINCÍ PIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO - DOUTRINA - SITUAÇÃO QUE ENSEJA A

OUTORGA EXCEPCIONAL DO PROVIMENTO CAUTELAR, CONSIDERADA

A SrNGULARJDADE DO CASO - SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ACÓRDÃO

OBJETO DO APELO EXTREMO - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PELO

RELATOR - DECISÃO REFERENDADA."

Como se vê, no caso de sobrestamento de recursos extraordinários, previsto no art. 543-B do CPC, a competência para processar e julgar a cautelar destinada a agregar efeito suspensivo a um deles é do STF, e não do Presidente ou Vice

-Presidente do tribunal de origem. O mesmo se diga quanto aos recursos especiais sobrestados com base no art. 543-C do CPC, enquanto se aguarda o julgamento por amostragem do recurso especial escolhido. Nessa situação, a cautelar deve ser aju izada no STJ, e não no tribunal local.

e
d
s

Não foi esse, contudo, o entendimento adotado pelo Plenário do STF, ao analisar questão de ordem na Ação Cautelar 2. l 77. Por maioria de votos, os ministros entenderam que compete ao tribunal onde foi interposto o RE conhecer e julgar

ação cautelar, podendo conferir efeito suspensivo, quando for reconhecida repercussão geral sobre a questão e sobrestado recurso extraordinário admitido ou não na origem. Por consequência, o STF considerou-se incompetente para analisar a matéria e determinou a devolução dos autos ao STJ, vencidos os ministros Marco Aurélio e Cannen Lúcia Antunes Rocha. Segundo esse entendimento manifestado pelo Plenário do STF, havendo urgência no tocante a um dos casos deduzidos num dos recursos sobrestados, a cautelar deve ser intentada perante o Tribunal de origem. Em outras palavras, o STF entendeu que os enunciados 634 e 635 de sua Súmula de Jurisprudência aplicam-se também aos casos contidos nos recursos extraordinários que ficaram sobrestados.

1 2. PROFUN D I DADE DO E FEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

1 2 . 1 . Generalidades. O n. 456 da súmula do STF. O exame de questões de ordem pública e de outras questões não enfrentadas pelo tribunal recorrido Exige-se, nos recursos excepcionais, o prequestionamento da questão de direito que se pretenda levar à apreciação dos tribunais superiores, conforme já visto.

Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao j ulgá-lo, conhecer ex officio ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aqu las previstas no § 3° do art. 267 e a prescrição ou decadência), bem como de to as as questões suscitadas e discutidas no processo, relacionadas ao capítulo deci ório objeto do recurso extraordinário, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido.

Perceba-se: não é possível que uma dessas questões seja objeto (causa de pedir/pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o prequestionamento, mas, uma vez examinado o recurso, que, por exemplo, tenha outro fundamento, os tribunais superiores poderão aplicar o § 3º do art.

267 do CPC e os arts. 1 93, 2 l O e 2 1 1 do Código Civil, reconhecendo as questões processuais, a prescrição ou a decadência, bem como todas as demais questões relevantes para o julgamento da causa. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta.

A solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o enunciado 456

da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: 300

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAi.

"O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, j ulgará a causa, aplicando o direito à espécie". No mesmo sentido, o art. 257, R lSTJ59, e o art. 324, RJSTF.6º É como afirma Barbosa Moreira: "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à quaestio iuris, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão a quo,

para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga 'a causa' . . . "61.

Assim, poderá o STF/STJ analisar matéria que não foi examinada na instância a quo, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade. O juízo de rejulgamento da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário: para que se admita o recurso é indispensável o prequestionamento, mas, uma vez admitido, no juízo de rejulgamento não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer pecul iaridade. Nada há de especial no julgamento de um recurso excepcional; o "excepcional" em um recurso excepcional está em seu j uízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.

A lição de Bernardo Pimentel Souza merece ser transcrita integralmente:

"Segundo o artigo 105, inciso Ill, da Constituição Federal, e o art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conhecido o recurso especial julga-se a causa, com a aplicação do direito à espécie. Os textos constitucional e regimental revelam que o Superior Tribunal de Justiça é uma corte de revisão, e não de mera cassação - própria dos sistemas italiano e francês. Sendo corte de revisão, e após o conhecimento do recurso especial, tudo indica que o Superior Tribunal de Justiça pode examinar questão de fato - frise-se - ainda não solucionada, e cujo exame é essencial para o julgamento do caso concreto".62

59. "No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

60. "No julgamento do recurso exlraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

6 1 . Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1• ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 596.

62. lntroduçiio aos recursos cíveis e à açiio rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 634. "Por isso, o que se visualiza nas recentes decisões do STF e do STJ

é a redescoberta do efeito translativo, em função do dimensionamento do conteúdo da Súmula 456 do STF. Deve-se destacar que esse efeito proveniente do recurso não é só fruto da Súmula em debate, mas de toda uma construção lógica entre o caminho do juízo de admissibilidade e o de mérito. E, numa última análise argumentativa, a restrição unicamente às questões alegadas e discutidas nos autos é prejudicial ao sistema como um todo e incoagniente, pois por que os Tribunais inferiores têm o condão de decretar a questão de ordem pública e o STF e o STJ não podem, se a 301





Essa percepção é o cerne para compreender os principais problemas relacionados aos recursos extraordinários.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for pre\'iamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tri unal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3° do art. 267 do CPC, "porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescente-se], profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial"63. Esse, ai ás, é o entendimento já :firmado no âmbito da 2ª

Turma do STJ, assim expressado: " 1 . Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser anali ·adas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionament . 2. Excepciona-se a regra se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial. Precedentes da Turma".64 É com base nessa premissa que se permite

ao STJ fazer controle de constitucionalidade, no julgamento do recurso especial, da lei que se reputa ofendida (ver item abaixo).

Bastante elucidativo este acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Conhecimento. Aplicação do direito a espécie (Súmula 456 STF e RISTJ, art. 257).

-

Amplitude. ! - Caracterizando o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. 1 1 No contexto assinalado, deve o

-

órgão julgador limitar-se ao e ame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de oficio, conhecer das matérias atinentes às cond ções da ação e aos pressupostos processuais. I I I matéria é de total relevlincia? É razoável e proporcional o raciocínio?" (GÓES, Gisele." Recursos especial.

extraordinário e embargos de divergê 1cia: efeito translativo ou correlação recursai?" Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética. 2005, n. 22. p. 63); Aderindo expressamente ao posicionamento aqui defendido. FÉRES, Marcelo Ardrade. "Da alegação e do reconhecimento da prescrição no âmbito dos recursos especial e extraordin::íric (análise a panir da Lei n. 1 1 .280/06)". Revista Dialética de Direito Processual. Silo Paulo: Dialética, 20117, n. 48, p. 72 e segs.

63. OLIVEIRA. Gleydson Kleber Lopc de. Recurso especial. São Paulo: RT, 2002, p. 342. O texto cmrc colchetes é nosso.

64. Acórdão unânime da 2ª Turma do Sl J, REsp 789.062/MG, rei. Mia. Castro Meira, j. 2811 1 /2006. DJ de 1 1 1 1 2/2006, p. 343.

- Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (STJ, CPC, art. 267, VI). (REsp n. 36.943-6-RS, rel. Pádua Ribeiro, j . 1 7. 1 1 . 1 993, DJ 06. 1 2 . 1 993)"65.

Também assim, o mesmo Superior Tribunal de Justiça: 1 ª. T., REsp n.

609. J 44/SC, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j . 06.05.2004; 2ª. T., REsp 466.86 1 -

SP, rei. Min. Eliana Calmon, julgado em 1 7.6.2004. N o exato sentido do texto, REsp n. 869.534-SP, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 2 7. 1 1 .2007: "O

recorrente opôs exceção de pré-executividade, ao alegar ser parte ilegítima para figurar na ação, mas o juiz a tachou de incabível, ao entender ser caso de defesa mediante embargos à execução. Anote-se que, de forma alguma, adentrou o mérito da questão. Houve agravo de instrumento e o Tribunal não só entendeu cabível a exceção como julgou o mérito em desfavor do próprio recorrente, em claro error in procedendo. Sucede que não houve recurso dessa parte, pois o recorrente insurgiu-se quanto a outras questões referentes ao mérito, todas prequestionadas. Diante disso, a Turma entendeu conhecer do recurso, mas, ao aplicar o direito à espécie, reconheceu a existência de julgamento extra petita e reformatio in pejus e, por isso, anulou, de ofício, o acórdão recorrido. Anotou-se que, superado o juízo de admissibilidade, o REsp tem efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo; a possibilidade de o órgão julgador conhecei de oficio, as questões de ordem pública. Precedentes citados: REsp 609. 1 44-SC, DJ 24/5/2004; REsp 64 1 .904-DF, DJ 6/2/2006, e REsp 8 1 4.885-SE, DJ 1 9/5/2006".

No mesmo sentido, STJ, l ª T., REsp n. 1 .080.808/MG, rel. Mio. Luiz Fux, j. em 1 2.05.2009, publicado no DJ de 03.06.2009: " I . As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 80 1 . 1 54/TO, DJ 2 1 .05.2008; REsp 91 1 .520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/

SP, DJ 1 0 . 1 2.2007; REsp 6605 1 9/CE, DJ 07. 1 1 .2005. 2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, porquanto cumpre ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie" {Art. 257 do RJSTJ; Súmula 456 do STF)".

No j u l gamento do RE n. 298.694, rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ

23.4.200466, o STF decidiu, por maioria, admitir a possibilidade de julgar o 65. Ver, por todos, com várias ci1açõcs doutrinárias e jurisprudenciais, a completa exposição de Gleydson Klcber Lopes de Oliveira: Recurso especial. São Paulo: RT, 2002, p. 336-342.

66. Também neste sentido, RE n. 300.020, rei. Min. Seplilveda Pertence, ata publicada no DJ de 24.10.2003.



n



recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Mio. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recmso foi conhecido, mas não foi provido). Esta é a postura correta, que corrobora tudo o quanto aqui foi dito.

Excelente precedente do STJ, em que o tema foi examinado com minudência e erudição raras e elogiáveis, 1 erece ter a sua ementa transcrita:

"EMBARGOS DE DNERG ÊNCJA. fNVENTÁ RIO. PRECLUSÃO. MATÉRIA SUSCITADA EM CO TRA RRAZÕES. PREQUESTIONAMENTO A CARGO

DO RECORJUDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. APLICAÇÃO DO

DfREITO À ESPÉCIE. DJVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1 . (...)

2. (...)

3. Hipótese em que não se l'Uicla ele regra técnica ele admissibil idade de recurso especial, mas de divergência acerca ele questão de direito processual civil relativa aos limites da devolutividade do recurso especial após o seu

conhecimento, quando o STJ passa a julgar o mérit0 da causa.

4. Alegados pela parte recorrida, perante a instância ordinária, dois fundamentos autônomos c suficientes pan embasar sua pretensão, e tendo-lhe sido o acórdão recorrido integralmente favorável mediante a análise de apenas um dele, não se há de cogitar da oposição d.: embargos de declaração pelo vitorioso apenas para prequestionar o fundamento não examinado, a fim de preparar recurso especial do qual não necessita (falta de nteresse de recorrer) ou como medida preventiva em face de eventual recurso especial da parte adversária.

5. Reagitado o fundamento nas contrarrazões ao recurso especial do vencido, caso seja este conhecido e afastado o fundamento ao qual se apegara o tribunal de origem, cabe ao STJ, no julgamentCI do causa (Regimento Interno, art. 257), enfrentar as demais teses de defesa suscitadas na origem.

6. Embargos de divergência proviclos"67•

Recentemente, contudo, o STJ alterou seu entendimento. No j ulgamento do AgRg nos EREsp 999.342/SP, rei. Min. Castro Meira, sua Corte Especial entendeu não ser possível e aminar questões de ordem pública, caso não haja o indispensável prequestionamento. Afirmou-se que, ainda que tenha o recurso sido admitido por outro fundamento, não será possível examinar uma questão de ordem pública ou um fato superveniente, se não houver prequestionamento a 67. 2• S., EREsp n. 595.742/SC, rei. J\lin. Massarni Uyeda, rei. p/ acórdão Mina. Maria Isabel GaUotti,j. em 14. 1 2.20 1 1 , publicado no DJe de 3.04.2012.

seu respeito. Mais recentemente, sua 2ª Turma, seguindo aquele precedente da Corte Especial, confirmou que "mesmo as matérias de ordem pública precisam ser prequestionadas". (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 32.420/PB, rei. Min.

Humberto Martins, j . 2 1 /6/20 12, DJe 28/6/20 1 2).

A superação do entendimento anterior é lamentável, pois se resgata orientação retrógrada, que conspira contra o acesso à justiça e contra a efetividade da tutela

jurisdicional. Também é lamentável tal superação, por contrariar entendimento consolidado de há muito e compendiado em enunciado da súmula do STF. Só há, neste último precedente da 2ª Turma do STJ, um ponto elogiável. É que a 2ª Turma, em tal precedente, seguiu a orientação fim1ada pela Coite Especial, valorizando o precedente e revelando preocupação com a estabilização da jurisprudência. O

que merece, entretanto, destaque é a mudança de entendimento, com a superação da jurisprudência que, aplicando o enunciado 456 da Súmula do STF, concluía pela possibilidade de, uma vez admitido o recurso especial, ser examinada toda a causa, aí incluídas as questões de ordem pública.

12.2. As questões supervenientes. O art. 462 do CPC aplicado aos recursos extraordinários

Segundo dispõe o art. 462 do CPC, o juiz deve, de oficio ou a requerimento, levar em conta, no momento do j ulgamento, os fatos supervenientes que constituam, modifiquem ou extingam direitos. O tema foi examinado com mais vagar no v. 2 deste Curso. Neste momento, cabe o exame da aplicação desse dispositivo no julgamento de recursos extraordinários.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça mantém antigo e fim1e entendimento no sentido de que deve o tribunal apreciar, de oficio inclusive, o direito superveniente, aplicando o art. 462 do CPC68, sendo, inclusive, cabíveis embargos de declaração para suprir a omissão quanto à aplicação do direito superveniente69.

Enfim, entende o Superior Tribunal de Justiça que deve o tribunal, de acordo com o art. 462 do CPC, apreciar, de oficio inclusive, o direito superveniente70, não 68. Acórdão unânime da 1 ª Turma do STJ, REsp 5.708/SP, rei. Min. Humberto Gomes de Barros,j. 1º/911991 , DJ de 30/911991, p. 1 3 .464. No mesmo sentido: acórdão da 3• Seção do STJ, MS 14.647/DF, rei. Min.

Laurila Vaz, j. 25/4/2012, DJe 31912012. Também no mesmo sentido: acórdão da 4• Tuma do STJ, REsp 1.074.838/SP, rei. M in. Luis Felipe Salomão, j. 23/1012012, DJe 30/1 0/20 12.

69. Acórdão unânime da 2• Turma do STJ, REsp 734.66 1/RS, rei. Min. Castro Meira, j. 1 8/8/2005, DJ de 1 2/9/2005, p. 303.

70. Acórdão unânime da 5' Turma do STJ, REsp 129.446/ES, rei. Min. Felix Fischer, j. 1 01 1 1 1 1 998, DJ de 2212/1 999, p. 1 19. No mesmo sentido: acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 157.701/AM, rei.

Francisco Peçanha Martins, j. 1 8/4/2000, DJ de 19/6/2000, p. 128. Também 110 mesmo sentido: acórdão unânime da 1' Turma do STJ, REsp 432.561/RS, rei. Min. José Delgado,j. 13/8/2002, DJ de 23/9/2002, 305



O



se alterando a causa de pedir - posição não defendida por este Curso, conforme visto no v. 2 - 71, quando se im oca apenas norma nova, sem alteração dos fatos72•

Em reiteradas decisões, o STJ vem reafinnando que, nas instâncias ordinárias, o direito superveniente deve ser aplicado, de ofício, pelo juiz ou tTibunal, na forma do art. 462 do CPC73• R esta investigar se é possível tal aplicação em sede de recurso especial e de recurso extraordinário74.

Consoante já restou acentuado no item anteiior, o STF e o STJ não constituem Cortes de Cassação. Ao examinarem o recurso especial e o recurso extrnordinário, os referidos tribunais superiores julgam a causa, reformando ou anulando a decisão recorrida. Uma vez conhecido do recurso extraordinário e do recurso especial, o respectivo julgamento opera a substituição do acórdão recorrido (CPC, art.

5 1 2), dando solução final ao caso erigido ao crivo do Poder Judiciário. Diante do enunciado 456 da Súmula d STF, o tribunal superior, uma vez conhecendo do recurso excepcional, poderá examinar toda a causa, com profundidade, cabendo

-lhe, inclusive, apreciar ques1ões de ordem pública.

É nesse contexto que se permite ao tribunal superior a análise de fatos ou direitos supervenientes. Se o direito sobrevém antes de encerrado o julgamento no tribunal local, somente poderá ser objeto de análise pelo STJ, se houver o prequeslionamento do direito superveniente75.

p. 280. A inda 110 mesmo sem ido: ; córdão unânime da S3 Turma cio STJ, llEsp 438.623/SC, rei. M in. Fclix Fischer, j. 10/12/2002, DJ de 1 01:\/2003, p. 288.

7 1 . No mesmo sentido do que se dcferde no v. 2 deste Curso, considerando possível que um fato superveniente, em detem1inadas círcunst.1ncias e e bservadas nomias processuais próprias, possa ser levado em conta quando modificada a causa de pedir, CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos/atos supervenientes no processo civil: uma análise co nparaliva emre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

72. Acórdão unânime da 3• Turma do STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1 8.443/SP, rei. Min. Eduardo Ribeiro, j.

29/611993, DJ de 9/811993, p. 1 :>.228. No mesmo semido: acórdão unânime da 5" Tunna do STJ, llEsp 497.894/RS, rei. Mio. Jorge Scanezzini,j. 4/3/2004, DJ de 26/4/2004, p. 194. Também no mesmo sentido: acórdão unânime da 6" Tumia do STJ, REsp 440.901/IU. rei. Min. Hamilton Carvalhido,j. 20/4/2004, DJ

de 2 1/6/2004, p. 263. Ainda 110 11 es111osen1ido: acórdão unânime da 1• Turma do STJ, JlEsp 488.326/RS.

rei. Min. Teori Albino Zavascki. j. 3/2/2005, D./ de 28/212005, p. 1 9 1 .

73. Acórdão unânime da 1 • Turma d STJ. E Dei no R Esp 658.689/S P, rei. Min. Denise Arruda, j. 1 6/8/2005, D./ de 5/9/2005, p. 240. o mesrno sentido: acórdão da 1• Tumia do STJ, AgRg no Ag 1 .330.124/SP, rei.

Mia. Arnaldo Esteves Lima,j. 1 7/5/2012, DJe 23/5/2012.

74. Sobre o tema, consultar. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Superior Tribunal de Justiça- possibilidade de apreciação de direito superve11iente em recurso especial -Resolução do Senado -crédito-prêmio de IPI (parecer). Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética. agosto 2006, v. 1 3 1 , p. 104-126.

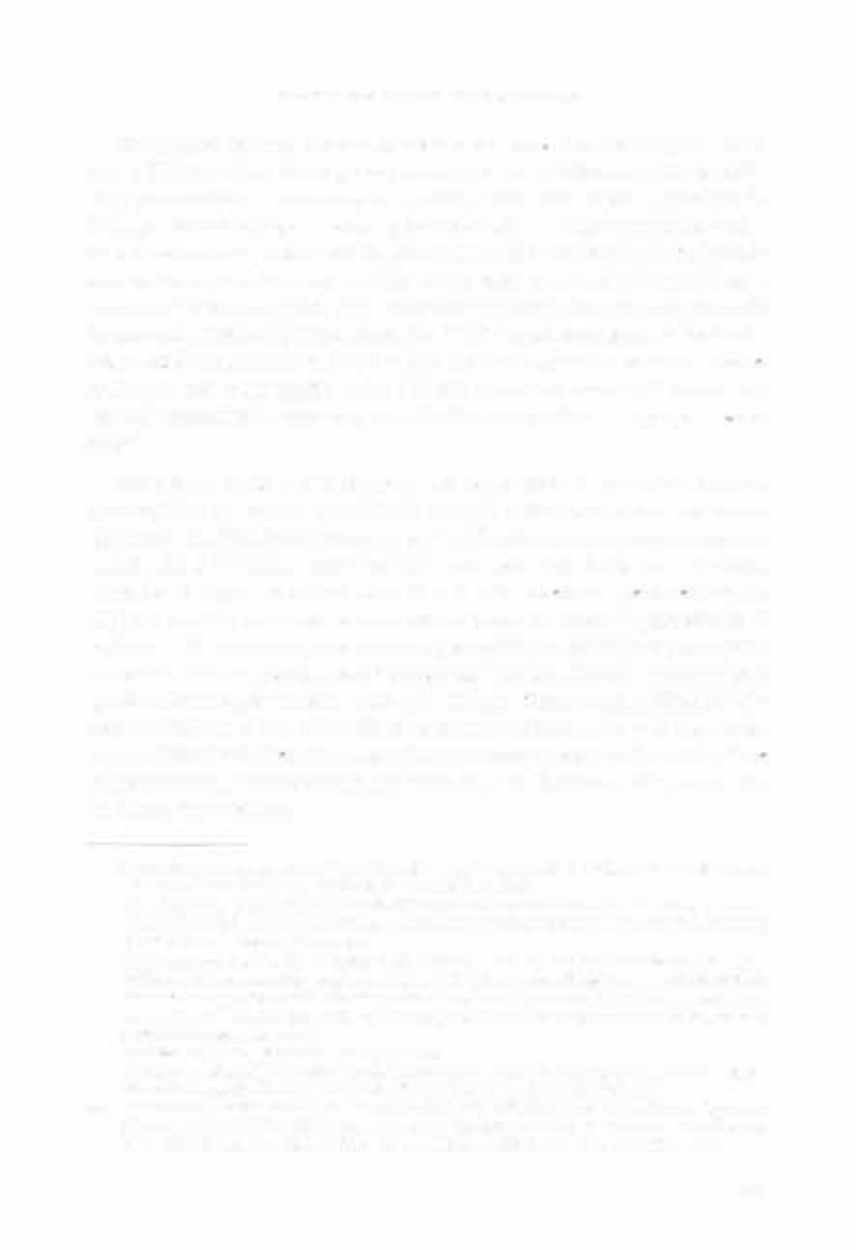
75. "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTlONAMENTO. ALE

GAÇÃO DE OI REITO SUPER\IENJENTE AFASTADA.

1. Se o alegado direito supcrvrniente surgiu antes do julgamento da apelação, era imprescindível. para fins de recurso especial, sua

eciação pelo Lribunal recorrido, provocado. se fosse o caso, por embargos de declaração, sem o que confifurou-se a ausência de prequestionamento.

306



Sobrevindo, todavia, o direito, quando já interposto o recurso especial, deve, sim, o STJ apreciá-lo, desde que seja conhecido ou admitido o recurso especial.

Uma vez admitido o recurso especial, estará, como visto, aberta a jurisdição do STJ, que deverá rejulgar a causa, apreciando toda a situação pertinente com o caso. Além do mais, como é cediço, cabe ao Judiciário resolver o mérito, levando em consideração o momento do julgamento, razão pela qual se impõe julgar a causa com base no contexto atual, existente no instante da entrega da

prestação jurisdicional. Nessas hipóteses, o art. 462 do CPC também se aplica às instâncias extraordinárias, cabendo ao STF e ao STJ levar em conta o direito superveniente, desde que, não custa repetir, tenha o direito sobrevindo quando já interposto o recurso excepcional e caso este seja admitido, ensejando-se o rejulgamento da causa76•

Em alguns casos, o STJ entendeu não ser possível a aplicação de direito superveniente em recurso especial. Na verdade, muitos dos precedentes dizem respeito ao art. 3º da Lei Complementar nº l 1 8/2005 que, a pretexto de interpretar os arts. 1 50, § 1 ° e 1 60, I, ambos do CTN, restou por conferir-lhes nova tessitura, inovando no plano normativo. Da análise de tais precedentes percebe-se que o STJ, em verdade, não aceita a aplicação retroativa do direito superveniente. E

assim entende com acerto, na medida em que a aplicação do direito superveniente encontra balizas no princípio da irretroatividade das leis, de so1ie que somente se aplica o direito superveniente, desde que não haja ofensa ao ato jurídico perfeito nem ao direito adquirido. Ademais, em tais casos, o direito superveniente contém novas exigências não demonstradas pela parte autora em sua petição inicial, não se enquadrando na moldura traçada pela causa de pedir. Inviável, então, a aplicação do direito superveniente.

2. Agravo regimental desprovido." (acórdão unânime da l' Turma do STJ, AgRg no Ag 456.538/MG, rei.

Min. Tcori Albino Zavascki,j. 1 7/612003, DJ de 4/812003, p. 232).

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SUPERVENIENTE:. JUROS MORATÓRlOS. CPC, ART. 462.

PREQUESTIONAM ENTO. AUSÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUM ENTO IMPROVIDO. AGRAVO

REGIMENTAL. SÚMULA N. 2 1 1-ST.I.

1. Calcado o recurso especial da autora na aplicaçiio de Direito superveniente ao acórdão, qual seja. a incidência de juros moratórias com base na Lei n. 9.250/95, a provocação do tema na inslf111cia regional mediante embargos declaratórios deveria ter sido feita sob o enfoque do art. 462 do CPC, nomia que somente veio a ser ventilada por ocasião da interposição do recurso especial, sem que

houvesse, portanto, o necessário prequestionarnento.

li. lnciclcneia, na espécie, da Súmula n. 2 1 1 cio STJ.

111. Agravo regimental desprovido." (acórdão unânime da 2" Turma do STJ, AgRg no Ag 149.270/PR, rei.

M in. A ldir Passarinho Junior, j. 1 711211 998, D.J de 10/511999, p. 136; RSTJ 1 23/13 7).

76. Nesse sentido: acórdão unânime da 4ª Tunna do STJ. REsp 1 56.752/RS, rei. Min. S {1lvio de Figueiredo Teixeira,j. 8/611 999, DJ ele 28/611999, p. 1 1 7. No mesmo sentido: acórdão unânime da 3" Turrua do STJ, REsp 77.247/SP, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22/10/1 996, DJ de 3/211997, p. 719.

A questão, nesses casos julgados, não se resolve pela aplicação do direito superveniente de que trata o art . .162 do CPC. Por isso, o STJ, nesses casos, entende não ser aplicável o direito superveniente em recurso especial. A solução para tais casos repousa no direito intertemporal, eis que, na esteira do entendimento firmado pela l " Seção do STJ, "a lei aplicável à compensação de espécies tributárias é aquela vigente à época do ajui::amento da ação, não podendo ser julgada a causa à luz do direito superveniente "77• O que não tem sido admitida, em tais casos, pela l ª Seção do STJ, é a aplicação retroativa do

direito superveniente. Realmente, entende o STJ ser "inviável, no âmbito do recurso especial, não apenas a aplicação retroativa do direito superveniente, mas também a apreciação da causa à luz de seus preceitos, os quais, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias "18.

Atualmente, entretanto, a jmisprudência do STJ não admite a apreciação de direito ou fatos supervenientes, quando surgidos depois de interposto o recurso especial, haja vista a falta de prequestionamento. Em outras palavras, segundo o entenclimento atual do STJ, o direito ou os fatos superveniente podem ser apreciados em recurso especial ou extraordinário, desde que haja o indispensável prequestionamento 79•

Não nos parece acertado tal entendimento atual do STJ. Se o recurso especial foi admitido ou conhecido, é possível apreciar toda a causa, inclusive a alegação de direito ou fato superveniente. Na verdade, o direito ou o fato superveniente pode, inclusive, ser apreciado de oficio, desde que conhecido o recurso por qualquer fundamento.

1 2.3. Os enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência predominante do STF

Nos termos do enunciado n. 292 da súmula de j urisprudência do STF, "Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no 77. Acórdão unânime da 1• Seção do STJ, EREsp 235.485fMG, rei. Min. Denise Arruda, j. 24/8/2005, DJ de 1 9/912005, p. 178.

78. Acórdão unânime da 1• Tunna do)TJ, R.Esp 747.324/PE, rei. Min. Teori Albino Zavascki,j. 6/1212005, DJ de 19/1212005, p. 257. No mes110 selllido: acórdão não unânime da 1• Seção, EREsp 2 1 5.837/SP, rei.

Mio. José Delgado, rei. p/ acórdão 'vfin. Franciulli Netto,j. 25/812004, DJ de 1 5/8/2005, p. 2 1 O. Em igual sentido: acórdão unânime da 1• Seção do STJ, AgRg nos ER.Esp 677.914/PB, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23/1 1/2005, DJ de 5/1 2/2005, p. 2 1 2. Também no mesmo sentido: acórdão unânime da Iª Seção do STJ, AgRg nos ER.Esp 642.509/PE, rei. Min. Castro Meira, j. 28/9/2005, DJ de 1 0/1 0/2005, p. 2 1 5.

79. Acórdão da I ' Turma do STJ, R.E;p 1 . 1 09.048fPR, rei. Min. Luiz Fux, j.

16/1 1/2010, DJe 14/1212010.

No mesmo sentido: acórdão da 3º íu.rma do STJ, AgRg no Ag 1.355.283/MS, rei. Min. Sidnei Beneti, j.

26/4/20 1 1 , DJe 415120 1 1 . Ainda no mesmo sentido: acórdão da 3ª Tunna do STJ, R.Esp 971 .026/RS, rei.

M in. Sidnei Beneti, j. 1 5/21201 1 , L>Je 2/3/201 1 .

art. 1 O 1 , III, da Constituição80, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros". Já o enunciado n. 528 da mesma súmula do STF tem o seguinte teor: "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 a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento".

Cumpre registrar que tais enunciados são aplicáveis não somente em caso de recurso extraordinário, mas igualmente em recurso especial. Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, "a Súmula 528 do Colendo STF é aplicável, também, ao Recmso Especial".81

Antes mesmo de discorrer sobre o conteúdo de tais enunciados, impõe-se, para facilitar a explicação, aventar um exemplo: imagine-se que o autor propôs uma demanda, postulando a resolução do negócio jurídico, a condenação do réu a perder o sinal pago e a reintegração da posse do bem. Imagine-se, ainda, que a sentença julgou procedentes todos os pedidos, daí seguindo apelação que impugna toda a sentença. O tribunal, ao conhecer do recurso, resolve, por unanimidade, dar-lhe parcial provimento, a fim de afastar a condenação do réu à devolução do sinal, mantendo a sentença nos demais capítulos.

Contra esse acórdão o réu interpõe recurso especial, impugnando a resolução do contrato por existir contrariedade a dispositivo de lei federal (CF/88, art. 1 05, lII, a) e, quanto à reintegração da posse do bem, alega haver divergência jurisprudencial (CF/88, at1. 1 05, J IT, c).

Suponha-se que, nesse caso, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem admite o recurso especial pela letra a, inadmitindo-o pela letra e.

Nesse mesmo exemplo; considere-se que o réu tenha interposto recurso especial, i mpugnando, apenas, a reintegração da posse do bem, alegando não somente a contrariedade a dispositivo de lei federal (CF/88, art. 1 05, III, a), mas também a divergência jurisprudencial (CF/88, art. 1 05, III, e).

Suponha-se igualmente que, nessa hipótese, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem admita o recurso especial pela letra a, inadmitindo-o pela letra e.

80. O art. 1 O 1 , Lll, citado no enunciado sumulado, é da Constituição Federal de 1 946, correspondendo aos arts.

102, Ili, e 105, UI, da atual Constin1ição Federal de 1988.

8 1 . Acórdão unânime da 5" Tunna do STJ, REsp 125.993/RS, rei. Mio. Felix Fischer,j. 19.8.1 997, publicado no DJ de 29.9.1997, p. 48.279.



O

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

De acordo com a l iteralidade do que consta dos enunciados 292 e 528 da Súmula do STF, não seria necessária, nem útil, em ambos os casos, a interposição de agravo. E isso porque, admitido o recurso por um dos fundamentos, cabe ao tribunal supe1ior apreciar tudo que fora nele alegado.

Acontece, porém, que a primeira hipótese aventada difere da segunda.

No primeiro caso, o recurso impugna capítulos diferentes, tendo sido admitido apenas em relaçã.o a um deles. Não admitido o recurso quanto ao outro capítulo, deve a pa1te interpor agravo, sob pena de operar-se o trânsito em j ulgado, com produção de coisa julgada material, a impedir o reexame pelo tribunal superior desse capítulo inadmitido. Litçralmente, não é isso que se extrai do enunciado 528 da Súmula do STF, ao referir a "partes autônomas". É imperioso, contudo, afastar essa dicção 1 iterai, sob pena de restar violada a garantia constitucional da coisa julgada82•

Se o capítulo impugnado d acórdão recorrido tiver mais de um fundamento, e o recurso extraordinário controverter todos eles, o conhecimento parcial deste recurso pelo juízo a quo não impede que o STF ou o STJ examine o capítulo impugnado, conhecendo os demais fundamentos, em razão da profundidade do efeito devolutivo do recurso excepcional. Neste caso, o recurso foi admitido para a reapreciação do capítulo impugnado, rejeitando o j uízo a quo alguns dos fundamentos, o que não impedirá o STF ou o STJ de enfrentá-los, até porque o recurso, afinal, foi conhecido e o capítulo impugnado ainda não transitou em julgado. Exatamente porque ainda não bá coisa julgada, pode o STF reexaminar o capítulo impugnado amplamente.

A situação é bem diferente quando o recurso extraordinário não é admitido na origem em relação a um d s capítulos impugnados, como no exemplo - já aventado - em que se impugnou a resolução do contrato e a reintegração da posse do bem, tendo o recurso sido admitido apenas em relação a um desses capítulos.

Veja outro exemplo: imagine um recmso extraordinário que impugne o capítulo condenatório principal e o capítulo da condenação em honorários advocatícios.

É possível que o recon-ente i mpugne arnbos os capítulos, discutindo diversos fundamentos, cada qual relacionado a um dos capítulos impugnados.

Se o juízo a quo não conhece do recurso extraordinário em relação ao capítulo condenatório principal, admitindo-o, porém, em relação ao capítulo da verba ho-
82. GARCLA, Gustavo Felipe Barbosa "Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado". Revisw de Processo. São Paulo: RT, 2003, n. 1 1 1 . p. 293.

3 1 0

norária, cabe ao recorrente interpor agravo (art. 544 do CPC) contra essa decisão, sob pena de o capítulo principal transitar em julgado.

Neste caso, o STF não pode, ao julgar o recuJso extraordinário que foi admitido para a rediscussão do capíl1do relativo aos honorários advocatícios, examinar o capítulo condenatório principal, que, em razão da coisa julgada, somente poderá ser revisto em ação rescisória. Houve trânsito em julgado de um dos capítulos da decisão. Não incide o enunciado n. 528 da súmula do STF, que tem como pressuposto implícito, sob pena de afronta à coisa julgada, que o capítulo recorrido não esteja imunizado pela coisa julgada material.

Não se pode ignorar lição antiga vista no capítulo sobre a teoria dos recursos: a extensão do efeito devolutivo (delimitada pelo recorrente) limita a sua profundidade. Os fundamentos que "sobem" com o recurso extraordinário são aqueles relacionados ao capítulo que não transitou em julgado.

"Na realidade" - diz Gustavo Felipe Barbosa Garcia - "estas súmulas só deveriam ser aplicadas na hipótese de um mesmo capítulo da decisão ser objeto de recurso, com mais de um fundamento"83. E, prossegue o autor para concluir que o enunciado 528 da Súmula do STF, "apesar de mencionar, de forma expressa,

'partes autônomas' da 'decisão', afasta a necessidade de interposição de agravo de instrumento, parecendo, com a devida vênia, não atentar para a questão aqui analisada, relativa ao trânsito em julgado dos capítulos autônomos da decisão, em razão do recurso extraordinário (ou do recmso especial) respectivo ter seu seguimento negado através de decisão (interlocutória) do órgão a quo, eis que não impugnada. Não custa frisar que partes autônomas da decisão, como o próprio nome já diz, sem dúvida significam os mencionados capítulos do provimento j uJisdiciona 1"84•

É bem de ver que a tese de que o efeito devolutivo dos recursos extraordinários tem ampla profundidade (efeito translativo) é reforçada pelo enunciado n.

5 2 8 da Súmula do STF.

Algumas observações ainda são necessárias.

a) Note-se que este enunciado consagra entendimento segundo o qual ao recurso extraordinário deve ser aplicada a regra de devolução ao tribunal ad quem das

questões incidentes que foram suscitadas na instância de · origem.

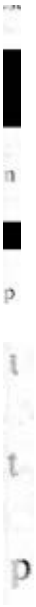
Apl icam-se as regras do §§ l º e 2° do art. 5 1 5, do CPC, que cuidam da apela-

83. ..Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado", cit., p. 294.

84. "Capítulos autônomos da dccisiio e momentos de seu trânsito em julgado", cit.,p. 295.

3 1 1





está

ção. Não há de estranhar o fato, j á que, por tradição, o nosso Direito positivo confere ao regramento da apelação a função de parte geral dos recursos. É por isso que as regras sobre efeito devolutivo (extensão e profundidade), reguladas no mesmo art. 5 1 5, únicas existentes no Direito processual civil brasileiro, são sempre utilizadas quando se p retende resolver as intrincadas questões derredor do assunto.

b) O enunciado n. 528 da súmula do STF prescreve que o recebimento do recurso extraordinário no tribunal a quo, por um dos fundamentos, não i mpede que o STF examine os demais fundamentos, independentemente da interposição de agravo contra a decisão de inadmissibilidade parcial.

A regra é bem razoável e

de acordo com a ideia, que merece ser acolhida,

de que o STF (e o STJ por extensão) deve rejulgar a causa, conhecendo de todos os fundamentos suscitados e relevantes para a solução da controvérsia85.

13. P REPARO

Segundo o art. 1 1 2 do Regimento l nterno do STJ, não seriam devidas custas no processo de sua competê eia originária ou recursa!. Em razão disso, não se exigiam custas no recurso especial; apenas se exigia o recolhimento das despesas postais.

A Lei Federal n. 1 1 .636/2007 passou, contudo, a prever custas nos processos que tramitem no STJ. Tal di loma legal regulamentou o regime de custas no STJ, esclarecendo que há preparo no recurso especial, pois somente o dispensou em certos processos de competência originária ou recursai (att. 7°). Note que o legislador estabeleceu que quando se tratar de recurso, o recolhimento do preparo, composto de custas e porte de remessa e retorno, será feito no tribunal de origem, perante as suas secretarias e no prazo da sua interposição (art. 1 O). Deixou claro, também, que a comprovação do preparo deve ser feita contemporanearnente à interposição do recurso (par. ún. do art. 1 O), ratificando a exigência do art. 5 1 1

do CPC e o enunciado n. 1 87 da súmula do STJ: "É deserto o recurso interposto 85. ·'AGRAVO DE INSTRlJM ENTO. Decisão que admitiu recurso extraordinário na origem, pela alínea 'b'

(CF, art. 1 02, 111), interposto com indicação, unicamente, da alínea 'a'. Aplicação do princípio contido nas Súmulas 292 e 528: uma vez admitido o recurso, todas as questões suscitadas ficam submetidas a esta Corte. Agravo de instrumento prej 1dicado." (Acórdão unânime da 2' Turma do STF, AI 134.31 O/PE, rei.

Min. Paulo Brossard, j. 1 7/4/1 990, DJ de 23/811991 , p. 1 1 .265). "(...) 1 - Se o recurso especial, interposto por vários fundamentos, foi admi ido somente por um, o STJ poderá conhecer qualquer dos outros. A decisão do Tribunal a quo, não adi 1itindo parcialmente recurso especial, não vincula o Superior Tribunal de Justiça. li-Admitido o recurso or algum de seus fündamentos, dispensa-se a parte, de interpor agravo de instrumento." (Acórdão unânim da !ª Turma do STJ, EDcl. no REsp n. 58.724/RS, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.6. 1995, puolicado no DJ de 28.8.1995, p. 26.567).

3 1 2

para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos".

Determina a mencionada lei que o "o pagamento das custas deverá ser feito em bancos oficiais, mediante preenchimento de guia de recolhimento de receita da União, de conformidade com as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda e por resolução do presidente do Superior Tribunal de Justiça" (a1t. 4º).

Convém transcrever, ainda, a íntegra do art. 6º dessa lei, que estabelece o pagamento do preparo nos casos em que há litisconsórcio, assistência e recurso de terceiro: "Art. 6° Quando autor e réu recorrerem, cada recurso estará sujeito a preparo integral e distinto, composto de custas e porte de remessa e retomo. § l 0

Se houver l itisconsortes necessários, bastará que um dos recursos seja preparado para que todos sejam julgados, ainda que não coincidam suas pretensões. § 2° Para efeito do disposto no § 1 ° deste artigo, o assistente é equiparado ao litisconsorte.

§ 3° O terceiro prejudicado que recotTer fará o preparo do seu recurso, independentemente do preparo dos recursos que, porventw·a, tenham sido interpostos pelo autor ou pelo réu".

Note, ainda, que a exigência de preparo, nestes casos, somente pode ser feita após noventa dias da vigência da lei (art. 1 5 da Lei n. 1 1 .63612007: "Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos respeitando-se o disposto nas alíneas b e c do inciso lII do caput do art. 1 50 da Constituição Federal".

Como a lei foi publicada em 28 de dezembro de 2007, sua vigência somente tem início noventa dias depois, ou seja, a partir de 27 de março de 2008.

Significa que o preparo somente deve ser exigido para os recursos especiais interpostos de julgamentos proferidos a partir de 27 de março de 2008. Se o recurso especial for interposto, por exemplo, em abril de 2008, mas se a decisão recorrida tiver sido proferida em dezembro de 2007 ou em janeiro de 2008, não é exigível, ainda, o preparo.

Com efeito, enquanto não proferida a decisão judicial, a parte não pode interpor o correspondente recurso. Uma vez prolatada a decisão, surge urna espécie de direito adquirido processual àquele recurso. Enquanto não proferida a decisão, a parte dispõe, apenas, de mera expectativa de direito à interposição do recurso.

Caso a lei superveniente que modifique, crie ou extinga um recurso surja antes da prolação da decisão, tal alteração i rá atingir o processo, frustrando a expectativa (e não o direito) da parte em poder interpor (ou não) aquele recurso 3 1 3

específico. Tendo, contudo, j á sido proferida a decisão, e sobrevindo lei que modifique, crie ou extinga um recurso, tal inovação legislativa não deve atingir o processo, pois, do contrário, estaria retroagindo para frustrar um direito já adquirido no processo.

A decisão colegiada, no tribunal, é considerada proferida, quando anunciado o julgamento pelo presidente da sessão. Se a lei nova tratar do cabimento ou da admissibilidade do recurso, ela somente incide ao processo pendente se a decisão

ainda não tiver sido proferida. Se, no tribunal, já foi anunciado o julgamento, aplica-se a lei antiga.86

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual "Em matéria recursai, a lei regente é aquela em vigor na data da publicação do 'decisum' atacado". 87 E o termo publicar não está, aqui, sendo utilizando no sentido de intimar ou veicular no Diário Oficial, mas no sentido de tornar pública a decisão, valendo dizer que se aplica a lei do momento em que anunciado o resultado do julgamento pelo presidente da sessão.

CÂNDIDO RANGEL DrNAMARCO esclarece que, "no sistema do direito positivo e na técnica do direito proce�sual, publicar é integrar o ato judicial ao processo, como ato público - não se admitindo, pois. qualquer confusão com aquele outro p11blica1; que não passa de umJ intimação (publicar pela imprensa)'.88. A propósito, vale conferir o quanto está dit sobre isso no v. 2 deste Curso, especificamente no capítulo sobre Teoria da Decisão Judicial.

Outros dispositivos dessa lei foram examinados no item sobre preparo, no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, para onde se remete o leitor.

No STF, são cobradas n0tmalmente custas. Logo, o recurso extraordinário, além do porte de remessa e ret mo dos autos, sujeita-se ao pagamento de custas.

Significa que, no momento da interposição do recurso extraordinário, deve ser comprovado o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno dos autos, sob pena de deserção. Sendo insuficiente o valor, deve a parte ser intimada para, em 5 (cinco) dias, complementá-lo (CPC, art. 5 1 1).

86. LACERDA, Galeno. O 11ovo direi/o p1ocess11al civil e osfei1os pe11dell/es. Rio de Janeiro: Forense, 1 974, p.

67-72. No mesmo sentido: A RMELll\. Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. Aspectos polêmicos e a111ais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9. 756198. WAMBTE R, Teresa Am1da Alvim. ERY JR., elson (coords.). São Paulo: RT, 1 999, p. 2 1 6; WAMBlER, Teresa \rruda Alvim. Os agravos 110 CPC brasileiro. 4• edição. São Paulo: RT, 2006, p. 6 1 6-634.

87. Acórdão unânime da 5" Turma do STJ, REsp 179.51 8/SP, rei. Min. Felix Fischer, j. 15.9. 1 998, DJ de 19. 1 0 . 1 998, p. 148.

88. "Tempestividade dos recursos". Revúla Dialélica de Direi/o Processual. São Paulo: Dialética, 2004, v.

1 6, p. 16.

3 1 4



RECURSO EXTRAORDINÁRJO E RECURSO ESPECIAL

14. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL E RE

C U RSO EXTRAORDINÁ RIO. O ENUNCIADO N. 1 26 DA SÚM ULA DA J U RISPRUDÊNCIA PREDOM l NANTE DO STJ

Há casos em que a paJte deve interpor recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão. É possível que o acórdão tenha mais de um capítulo, cada um impugnável por uma modalidade de recurso.

É possível, ainda, que um mesmo capítulo do acórdão tenha por fundamento matéria constitucional e matéria legal. Nesse caso, se qualquer desses fundamentos for suficiente para sustentar a decisão, devem ser interpostos recmso extraordinário contra a parte constitucional e recurso especial contra a parte infraconstitucional da fundamentação. Se deixar de ser interposto um desses recursos, o outro que venha a ser intentado não será admitido, por inutilidade: é que, mesmo vitorioso o recorrente, o recurso nada lhe aproveitaria, pois a decisão permaneceria "de pé"

com base no outro fundamento. A propósito; nesse sentido, os enunciados n. 1 26

da súmula do STJ e o n. 283 da súmula do STF.

Somente devem incidir os enunciados n. 126 da Súmula do STJ e n. 283 da Súmula do STF, se os fundamentos constitucional e infraconstitucional forem autônomos, é dizer, se cada um, por si só, for sz!ficiente para sustentar o acórdão recorrido. Em outras palavras, apenas se exige a interposição dos recursos extraordinário e especial contra o mesmo acórdão, caso o fundamento constitucional e o infraconstitucional conferirem, cada um, sustentáculo autônomo ao acórdão. Se, por exemplo, o fundamento constitucional for utilizado de passagem, sem constituir um fundamento autônomo, poderá ser apenas interposto o recurso especial, deixando de ser interposto o extraordinário, já que não estará o acórdão sendo sustentado, autonomamente, por aquele fundamento constitucional. Quer isso dizer que, se um dos fundamentos constar do acórdão como obter dictum, ou seja, como argumento de passagem, utilizado como reforço da motivação principal, sem se situar como motivo autônomo que dê sustentação ao acórdão, não será necessária a interposição conjunta dos recursos especial e extraordinário. Tal interposição conjunta somente deve ser exigida se ambos os fundamentos (constitucional e infraconstitucional) figurarem como rationes decidendi do julgado, sendo autônomos. Se um fundamento for autônomo (consistindo numa ratio decidendi) e o outro figurar

como obiler dictum, não será necessária a interposição conjunta, devendo-se interpor apenas o recurso relativo ao fundamento que constituiu a ratio decidendi do julgado. Sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum, consultar o capítulo relativo à Teoria do Precedente Judicial, no vol. 2 deste Curso.

3 1 5

Há ainda uma outra questão. A doutrina, contudo, não enfrenta o problema de

saber se realmente deve ser simultâneo o momento da interposição de tais recursos.

Ora, o recurso extraordinário e o recurso especial sujeitam-se ao prazo de 1 5 (quinze) dias. No caso em que ambos devem ser interpostos, o referido prazo é comum. Imagine-se, por exemplo, que o recurso extraordinário tenha sido interposto no décimo dia. Haveria mais cinco dias para a interposição do recurso especial, ou haveria preclusão por não ter sido interposto juntamente com o extraordinário?

Como visto, a doutrina não enfrenta diretamente tal problema, cingindo-se a afirmar que os recursos devem ser interpostos simultaneamente, não se referindo, de maneira específica, ao momento de interposição.

O art. 54 1 do CPC estabelece que os recursos especial e extraordinário serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal local, em petições distintas, dispondo o art. 543 do CPC que, "admitidos ambos os recursos", os autos seguirão, desde logo, para o STJ. A disciplina conferida aos recursos excepcionais faz pressupor, como se vê, sua interposição simultânea.

Há casos, como visto, em que devem realmente ser interpostos ambos os recursos, mas em nenhum momento há referência ou exigência à simultaneidade. Ora, o Código de Processo Civil, quando exige o ajuizamento simultâneo, fá-lo expressamente, a exemplo do que sucede com a hipótese contida no art.

299: pretendendo ajuizar contestação e reconvenção, deverá o réu fazê-lo simultaneamente.

No caso do recurso especial e do recurso extraordinário, quando se afigurar a hipótese em que ambos devam ser interpostos, há que se atentar para o prazo comum de quinze dias, não devendo, necessariamente, tal interposição ser simultânea, à mingua de exigência expressa nesse sentido. Desse modo, interposto o recurso extraordinário, por exemplo, no décimo dia, haverá, ainda, mais cinco dias para que se interponha o recurso especial.

Diante disso, é forçoso concluir que: a) o prazo para a interposição de recmso extraordinário e de recurso especial é comum; b) a interposição de um, no meio do prazo, não gera preclusão consumativa do direito de interpor o outro, porquanto não há exigência legal de interposição simultânea; c) há casos, como visto, em que devem ser interpostos tanto o recurso especial como o recurso

extraordinário, mas a interposição de cada um obedece ao prazo comum de quinze dias, não havendo necessidade de interposição simultânea, ou seja, no mesmo momento, 3 1 6

devendo-se o "simultâneo" ser entendido, no particular, como "no mesmo prazo" de quinze dias.

1 5. PROCESSAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁ RIOS. ANÁ

LISE DO ART. 543 DO CPC

Os recursos especial e extraordinário devem ser interpostos no prazo de quinze dias (CPC, art. 508), perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões no prazo de quinze dias. Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 1 5 (quinze) dias, em decisão fundamentada (CPC, art. 542).

O Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local (a depender do regimento interno de cada tribunal) deve examinar cada um dos requisitos, separadamente89.

Não sendo ambos admitidos, cabe à parte intentar agravo de instrumento para o STF e agravo de instrumento para o STJ, a fim de obter a admissão, respectivamente, do recurso extraordinário e do recurso especial.

Se for admitido apenas um deles, os autos seguem ao tribunal superior respectivo para exame do recurso, cabendo ao recorrente interpor agravo de instrumento em relação à decisão que não admitiu o outro recurso, sendo certo que tal agravo deve ser encaminhado ao tribunal superior correspondente.

Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial. Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (art. 543

do CPC).

No Superior Tribunal de Justiça, cabe ao Presidente, antes da distribuição, negar seguimento a recurso especial manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Cabe-lhe, também antes da distribuição, dar provimento a recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em con fronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal. É o que estabelece a Resolução nº 03, de 1 7 de abril de 2008, do STJ.

Permite-se, enfim, que o Presidente do STJ, antes mesmo da distribuição do 89. Conforme anotado no item relativo à repercussão geral, ao recorrente cabe, no

recurso extraordinário, inserir um tópico preliminar em que deve demonstrar a existência da repercussão geral. Se, formalmente, não houver esse lópico preliminar, o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem deve negar seguimento ao recurso, por não alendimento ao requisito da regularidade formal. Caso, todavia, haja esse tópico preliminar cm que se demonstra a repercussão geral, aí surge uma presunção de que há repercussão geral, cabendo, apenas, ao STF afastar tal presunção para afirmar sua inexistência.

3 1 7



recurso especial, aplique o irt. 557 do CPC, negando-lhe seguimento ou já lhe dando provimento. A iniciativa destina-se a racionalizar os julgamentos naquela Corte, servindo de filtro para barrar casos cuja solução pode ser divisada desde logo. Se o caso já é pacífico no tribunal, é certo que o relator vai, aplicando o arr. 557 do CPC, negar-lhe seguimento ou já lhe dar provimento. O Presidente do STJ já pode fazer isso, antes mesmo da distribuição, diminuindo a afluxo de processos que chegam, diariamente, nos gabinetes dos ministros, com o que se racionaliza a atividade do tribunal. Das decisões proferidas pelo Presidente nessas situações cabem embargos de declaração. Proferida decisão pelo Presidente com base no art. 557 do CPC, cabe, de igual modo, agravo interno, o qual, uma vez interposto, será distribuído para uma das turmas competentes, passando, somente então, a ter um relator designado por sorteio.

O recurso extraordinário fica prejudicado, quando o recurso especial vem a ser conhecido e provido. Na verdade, existem 3 (três) resultados possíveis no julgamento de um recurso especial: a) não ser conhecido; b) ser conhecido, mas não provido; c) ser conhecido e provido.

Nas hipóteses "a" e "b", depois do julgamento do recurso especial, os autos seguem para o STF apreciar e julgar o recurso extraordinário. Já na hipótese da letra "c", ou seja, tendo o

especial sido conhecido e provido, restará prejudicado o recurso extraordinário. É que, nesse caso, restou atendida a pretensão do recorrente, havendo, no entendimento do STF, a perda superveniente do interesse recursai quanto ao

recurso extraordinário.

Quando provido o recurso especial, fica, portanto, prejudicado o recurso extraordinário.90

Há discussão doutrinária, contudo, quando o recurso especial não é provido.

Segundo esclarece Maria Cláudia Junqueira:

90. O STF enlende que, com o provimento do recurso especial, a pretensão da pane já foi aiendida, restando prejudicado o recurso extraordinário. É que, nesse caso, o acórdão do tribunal de segunda instância é substituído pelo acórdão do STJ, o.:asionando a prejudicialidade do recurso extraordinário (STF-2" T., RE

459.960AgR. rei. Min. Eros Grau.j. 1 1.5.2010, DJe-100 divulg 2.6.2010. public 4.6.201 O; STF-Pleno. AI 747. 1 70 AgR, rei. Min. Gil mar Me'ldes,j. 4.2.201 O. DJe-035 divulg 25.2.201 O public 26.2.20 1 0). Trata-se de postura incoerente cio STF. que 1pula indispensável a interposição simultânea de ambos os recursos, sob pena de falia de interesse recursai mas considera haver perda do mesmo interesse cnm o provimento de apenas um dos recursos in1erpos1m. Segw1clo esclarece

Cláudia Junqueira. "O recurso extraordinário

resta prejudicado nas hipóteses cm que o recurso especial é provido pelo Superior Tribunal de Justiça, dado que a pretensão do recorrente - dtsconstituiçiio da decisão que lhe foi desfavorável - é atendida, não lhe restando interesse processual no julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal." (Equívocos jurisprude11ciois: limites ao acess l aos tribunais superiores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 27). Nesse mesmo sentido: RODR.IGUES NETTO, Nelson. lnte1posiçào co11ju111a de recurso extraordinário e de recurso espec ai. São Paulo: Dialé1ica. 2005, n. 13.3. p. 1 2 1 - 1 22.



RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

"No caso do mérito do Recurso Especial ser julgado improcedente, há que se averiguar se o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido, corroborado pela decisão do STJ, é suficiente para manter a sua vai idade. Caso o seja, fica prejudicado o Recurso Extraordinário, uma vez que, ainda que ele seja provido e modificada a decisão recorrida no que pcrtine ao aspecto constitucional, a análise da legislação federal infraconstitucional levada a efeito pelo tribunal a quo persiste suficiente para manter os seus contornos decisórios.

Já se o recurso especial tiver seu mérito julgado improcedente, mas o argumento infraconstitucional utilizado pelo acórdão recorrido não for suficiente, por si só, para manter a força decisória do julgado, bá de ser analisado pelo STF o recurso extraordinário interposto. São os casos em que a interpretação da legislação federal infraconstitucional levada a efeito pelo tribunal a quo pode perder a sua validade se o Supremo Tribunal Federal der a dispositivo constitucional interpretação distinta da que lhe foi dado pelo acórdão recorrido, como base da argumentação acerca da legislação infraconstitucional"91.

Significa que, sendo caso de interposição simultânea de recursos extraordinário e especial, por conter o acórdão recorrido fundamentos constitucional e legal, qualquer deles suficiente para sustentar a decisão, o não provimento do recurso especial acaITeta a perda interesse recursa! do recurso extraordinário, implicando a sua inadmissibilidade, sendo necessária a interposição de novo recurso extraordinário, desta feita contra o acórdão proferido pelo STJ. Não sendo caso de partes autônomas, nem de necessária interposição conjunta dos recursos extraordinário e especial, o nã.o-provimento do especial não afetaria o extraordinário.

Segundo José Theophilo Fleury, "em uma decisão onde haja fundamentos constitucional e legal, ambos suficientes para manter a decisão recorrida, sempre o recurso extraordinário será prejudicial ao recurso especial. Sempre, pois, que uma decisão afirmar a inconstitucionalidade da mesma lei federal também tida por ofendida pelo acórdão recorrido, o extraordinário deverá ser julgado em primeiro lugar. Voltamos a afirmar: nem tudo que é legal é constitucional, mas tudo aquilo que é inconstit11cional é ilegal".92

Nesse caso, se o acórdão contiver fundamentos autônomos suficientes, um constitucional e outro infraconstitucional, elevem ser interpostos os recursos extraordinário e especial, devendo aquele ser j ulgado primeiro, eis que desponta como questão prévia em relação a esse último. Caso assim não se entenda, deve

-se ter como prioritário o julgamento do recurso especial, sendo provido ou não.

Se provido, a inadmissibilidade decorre, como visto, da falta de interesse. Se não

9 1 . Equívocos jurispmdenciais: limile[illegible] do ace.l'so aos tribunais superiores. Po1io Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, n. 2 . 1 .2, p. 36-37.

92. "Fundamento suficiente - prejudicialidade do recurso especial em face do

recurso extraordinário e vice

-versa." Aspectos polémicos e amais do recurso especial e do recurso extraordinário. Teresa Arruda Alvim Warnbicr (coord.). São Paulo: RT, 1 997, p. 344.

3 1 9



provido, a inadmissibilidade resulta da aplicação do enunciado n. 283 da súmula do STF, havendo a necessidade de ser interposto novo recurso extraordinário, desta feita contra o superveniente acórdão do STJ, que teria substituído o acórdão do tribunal local (CPC, art. 5 1 2).

Como se viu, admitidos ambos os recursos, os autos seguem para o STJ, a fim de apreciar-se, em primeiro lugar, o recurso especial. Em seguida, seguem os autos ao STF para julgamento do recurso extraordinário. Essa ordem pode, contudo, ser invertida, quand a questão constitucional for prioritária.

O recurso extraordinário será prioritário em relação ao recurso especial, quando o julgamento deste depender da definição da constitucionalidade da norma de direito federal tida como violada. Em outras palavras, questionada, no recurso especial, a aplicação de lei federal que, no recmso extraordinário, é apontada como inconstitucional, o j ulgament daquele apelo depende do prévio desfecho deste.

Nessa hipótese, o relator do recmso especial, em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário (art. 543, § 2°, CPC). Se o relator do recmso extraordinário, também em decisão irrecorrível, não o considerar prioritário, irá, então, devolver os autos ao S uperior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (art. 543, § 3º, CPC).

1 6. AGRAVO CONTRA A DECISÃO QUE NEGA SEGU I M ENTO, NA ORIGEM, A RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU RECURSO ESPECIAL

(A RT. 544 DO CPC)

Caso haja a inadmissão do recurso extraordinário ou do recurso especial, caberá agravo, respectivamente, para o STF e para o STJ, conforme o caso. Se ambos os recursos forem inadmitidos, deve o interessado interpor um agravo para cada recurso não admitido (art. 544, § l º, CPC). Note que, a partir da Lei n.

1 2.322/201 O, esse agravo deixou de ser processado por instrumento e passou a ser processado nos próprios autos do processo onde foi proferida a decisão agravada (art. 544, caput, CPC).

No âmbito interno do STF, criou-se uma nova classe processual, denominada Recurso Extraordinário com Agravo (aRE), com a finalidade de adaptar a rotina da Corte Suprema às disposições contidas no art. 544 do CPC, na redação dada pela Lei Federal n. 1 2.322/20 l O. A classificação foi geral, alcançando todos os casos, de tal sorte que tal agravo, embora regulado no CPC, aplica-se também a matéria penal. Por sua vez, no âmbito interno do STJ também se criou uma nova classe processual, denominada agra o em recurso especial (AResp) adaptando as regras

,

regimentais e a rotina do tribu'lal à nova legislação que alterou o art. 544 do CPC.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Consoante já restou acentuado no capítulo que trata dos embargos de declaração, estes são cabíveis contra qualquer decisão. Sign ifica que, em tese, cabem embargos declaratórios contra a decisã.o do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local que inadmite o Recurso Especial/Extraordinário, por haver alguma omissão, obscuridade ou contradição. Ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de [nstrumento n. 588.190/RJ, rei. Min. Ricardo Lewaodowski, a 1 ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que, nesse caso, os embargos não são cabíveis. Consequentemente, não interrompem, nem suspendem o prazo para

a interposição do agravo contra a denegação do recurso (Informativo do STF, n. 462). Com o devido respeito, não se afigura correto o entendimento. Os embargos cabem de qualquer decisão. Ademais, mesmo tidos como incabíveis, acarretaram a interrupção do prazo para outros recursos, por qualquer das partes. Jmpõe-se, no caso, perfilhar o entendimento, manifestado no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, segundo o qual os embargos de declaração opostos contra o juízo primeiro de admissibilidade interrompem o prazo para a interposição do agravo, sendo certo que a única consequência de se entender como incabíveis ou protelatórios os embargos é a imposição da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.

É possível que o recurso tenha fundamento em mais de uma h ipótese de admissibilidade. Com efeito, pode, por exemplo, ser interposto recurso especial, com base na alínea "a" e, a um só tempo, na alínea "c" do inciso III do art. 105

da Constituição Federal. Nesse caso, não é raro ocorrer a situação de o recurso ser admitido por um fundamento, e não ser pelo outro. Assim, por exemplo, pode o presidente ou vice-presidente do tribunal local admitir o recurso especial pela alínea "a", não o admitindo pela alínea "c". Em hipóteses assim, questiona-se se é necessária a interposição do agravo previsto no art. 544 do CPC.

A resposta é negativa, não se revelando necessária nem útil a interposição do agravo. É que os autos já seguirão, normalmente, para o tribunal superior, diante da admissibilidade parcial. Além do mais, a solução da questão não preclui; o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem exerce juízo provisório de admissibilidade, o que ele decide não v i ncula o tribunal superior, que pode, no juízo definitivo de admissibilidade, rever a questão, admitindo o recurso pelo fundamento não aceito na origem. Eis a razão dos enunciados ns.

292 e 528 da súmula do STF, que, aliás, são examinados em item próprio deste capítulo, relacionados com a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários.

Esse agravo tem algumas peculiari.dades que merecem ser registradas.

Não há mais exigência de formação de instrumento, sendo provável a eliminação da chamada jurisprudência defensiva, que inadmitia o agravo por qualquer lapso ou equívoco nas cópias ou na formação do instrumento. Embora não haja formação de instrumento, é preciso que o agravante comprove a tempestividade,

sobretudo quando houver algum feriado local.

321

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

A Primeira Turma do Superin Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo

Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 659.381/RJ, rei. Min. Teo::-i Albino Zavascki, entendeu não estar o agravante obrigado a comprovar a existência de feriado local para que se afira a tempestividade de seu recurso. Segund0 se entendeu em tal precedente, o princípioj11ra novit cu ria aplica-se também às normas de Direito estadual e municipal, presumindo-se que o STJ tenha conhecimento dessas normas. Adernais, nos termos do art. 337

do CPC, a parte não está obrigada a provar o conteúdo e a vigência da legislação estadual nem da legislação municipal, a não ser que haja determinação judicial de tal comprovação. O recorrente está, então, dispensado de comprovar o feriado local, salvo se o tribunal assim o exigir.

Não foi essa, contudo, a conclusã.o a que chegou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 708.460/SP, rei. Mio. Castro Filho, aquele Órgão especial do STJ entendeu caber à parte, quando da interposição do agravo de instrumento perante o tribunal local, não apenas afirmar o fato, mas também fazer incluir no traslado a comprovação de que não houve expediente forense no tribunal no último dia do prazo, com vistas a demonstrar a tempestividade de seu recurso, sendo irrelevante o silêncio da parte contrária a esse respeito.

É provável que esse entendimento, que tem prevalecido, seja mantido. Não haverá mais traslado, nem instrumento a ser formado no agravo, mas o STJ pode continuar a exigir a demonstração, junto com a petição do agravo, da sua tempestividade.

Embora tenha prevalecido <!sse último entendimento e pareça provável sua manutenção, impõe-se perfilhar a orientação ministrada no aludido precedente da Pri meira Turma. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional exige que sejam suplantadas barreirab que impeçam o conhecimento de recursos. Se o STJ

não tem conhecimento do feriado, deve facultar ao agravante que comprove sua existência. No particular, cumpre aplicar o disposto no art. 515, § 4° do CPC, que deve incidir em qualquer re-::urso, e não apenas no âmbito da apelação. Intimado o agravante, cabe a este comprovar a existência do feriado, a fim de restar evidente a tempestividade do seu agravo. Não comprovada a existência do feriado, caberia ao STJ, assim, negar seguimento ao recurso. Essa parece ser a

postura mais adequada aos desígnios do processo civil moderno. Não foi esse, todavia, o entendimento que prevaleceu no STJ, cor soante já ressaltado.

Ao j ulgar o AI 62 1 .929 E D-AgR/PR, o STF, rei. Min. Ellen Gracie, acolheu embargos de declaração para, conferindo-lhes efeito modificativo, dar provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a agravo de instrumento porque esgotado o prazo para interposição do recurso extraordinário. Sal ientando ser consolidado o entendimento da Corte no sentido de que a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal a quo, que não sejam de conhecimento obrigatório na instância ad quem, deve ser comprovada no momento de sua interposição, considerou-se que, no caso concreto, o fato de a petição de interposição 322



do recurso extraordinário ter feito singela referência a feriado municipal em nota de rodapé, incluído no calendário judiciário do Estado, e de o tribunal local reconhecer implicitamente tal circunstância, afirmando a tempestividade do recurso quando do juízo de admissibilidade, supriria a necessária comprovação, por documento oficial, da ausência de expediente forense. Embora não haja, agora, regra expressa neste sentido (como o antigo § 2º do art. 544, CPC), esse agravo dispensa o preparo. Por se tratar se recurso interposto nos próprios autos, à semelhança do agravo regimental, do agravo retido e dos embargos de

declaração, o preparo não se justifica. Demais disso, se, quando deveria ser interposto por instrumento, esse agravo dispensava o preparo, consoante o antigo § 2° do art. 544, tanto mais a dispensa se justifica quando interposto nos próprios autos em que proferida a decisão agravada.

O agravo deve ser interposto no prazo de dez dias, mediante petição dirigida ao Presidente do Tribunal de origem. O agravado será intimado para, no prazo de dez dias, oferecer sua resposta. Em seguida, os autos devem ser enviados ao h·ibunal superior para processamento e julgamento, na forma dos arts. 543, 543-A, 543-B e 543-C, CPC.

Segundo entende o STJ, o prazo para interposição do antigo agravo de instrumento contra denegação de recurso especial (CPC, art. 544, em sua redação originária) não deveria ser contado em dobro, ainda que se trate de recurso interposto por litisconsorte com procurador cliferente.93 O STJ entende que o art. 1 9 1 cio CPC não se aplicava ao agravo de instrumento contra denegação de recurso especial, pois cada litisconsorte, ainda que representado por procurador cli ferente, irá insurgir-se contra uma decisão diferente. Cada recurso especial terá sido inaclmitido, na origem, por uma decisão própria, cabendo um agravo próprio de cada uma, não havendo razão para aplicação do referido dispositivo. A situação equivale, mutatis mutandis, àquela regulada pelo n. 64.1 da súmula do STF.

Esse entendimento parece ter sido consagrado pela Lei n. 1 2.322/201 O, que transformou o antigo agravo de instrumento em agravo nos autos do processo. É que se determina, expressamente, que contra cada decisão ele inaclmissibiliclade deve ser interposto o respectivo agravo (art. 544, § 1 º, CPC), exatamente o mesmo argumento de que se valia o STJ para fundamentar o seu entendimento.

O presidente ou vice-presidente do tribunal local, a quem é dirigida petição de interposição do agravo, não exerce, no particular, juízo de admissibilidade.

A redação do § 3° do art. 544 é bem eloquente nesse sentido: após a resposta do agravado, os autos devem ser remetidos à instância superior.

93. STJ, 3" T., AgRg 110 Ag n. 435.41 2/RS, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,j. em 24.06.2002, publi·

cado no DJ 02.09.2002, p. 188; STJ, 3' T., AgRg no Ag 11. 3 1 4.788/SP, rcl. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 05. 10.2000, publicado 110 DJ 20. 1

1 .2000, p. 295; STJ, 4' T., E Dei 110 Ag n. 672.853/DF, rei.

Min. Barros Monteiro, j. em 1 5 . 12.2005, publicado 110 DJ 03.04.2006, p. 355.

323



Se se trata de recurso extraordinário interposto no âmbito do Juizado Especial, compete ao presidente da Tunna R ecursai proceder ao primeiro juízo de admissibilidade (STF, Pleno, RE n. 388846 QO/SC, publicado no DJ de 1 8.2.2005), não podendo, contudo, exercer a admissibil idade do agravo.

Em outras palavras, o juízo de admissibilidade do agravo é exercido, única e exclusivamente, pelo tribunal uperior. Ainda que manifestamente intempestivo, não pode nem deve o presidente ou vice-presidente do tribunal local negar-lhe seguimento ou inadmitü o agravo do art. 544 do CPC. Se o fizer, estará usurpando competência do tribunal superi r, cabendo, então, reclamação constitucional. Aliás, esse é o teor do enunciado n. 727 da súmula do STF: "Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Sup1 ema Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais".

Nos tribunais superiores, o agravo do art. 544 do CPC é julgado pelo relator, cabendo da decisão deste agravo um agravo interno para a turma. Pode o relator, no agravo (art. 544, § 4°, CPC), adotar uma série de atitudes.

a) Não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha

atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada (art. 544, § 4º, 1, CPC). Nesse caso, por nem ter examinado o agravo, obviamente o recmso (especial ou extraordinário) que não foi admitido na origem também não será examinado no tribunal superior.

Se o agravo for manifestamente inadmissível, compete ao próprio Presidente do STF

ou do STJ negar-lhe seguimento, antes mesmo de ser d istribuído a algum relator.

Dessa decisão que nega seguimento ao agravo em RE ou REsp cabe agravo interno que, então, será distribuído a um relator. Essa competência, conferida à presidência do tribunal superior, para fazer essa triagem dos recursos que lá chegam continua mantida com a superveniência do novo disciplinamento do agravo do art. 544 do CPC. No STJ, a Resolução nº 7/201 O mantém essa competência da presidência para apreciar, antes de distribuídos, os agravos que sejam manifestamente inadmissíveis ou cujos recursos especiais estejam prejudicados ou em contrnste com jurisprudência dominante ou com súmula do próprio STJ. De igual modo, as alterações levadas a efeito no regimento interno do STF não subtraíram da presidência tal competência, de sorte que continua o Presidente do STF a ter competência para realizar esse exame prévio de admissib !idade do Recurso Extraordinário com Agravo (aRE).

b) Conhecer do agravo para negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso (art. 544, § 4°, II, "a", CPC). Como o agravo não foi provido, o recmso (especial ou extra rdinário) nem será conhecido.

e) Conhecer do agravo ara negar seguimento ao recurso (extraordinário ou especial) manifestamente inadmissível, prejudicado ou em contraste com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (art. 544, § 4°, I I, "b", CPC).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

A regra é estranha, em ao menos dois pontos.

Se o recurso (especial ou extraordinário) é manifestamente inadmissível, o caso é de negar provimento ao agravo (art. 544, § 4º, I I , "a", CPC), pois correta a decisão que não admitiu o recurso excepcional.

Se o recurso (especial ou extraordinário) está em contraste com a súmula ou a jurisprudência dominante do lTibunal, o caso é de negar-lhe provimento, e não

seguimento. Trata-se de decisão que examina o mérito do recurso extraordinário.

d) Conhecer do agravo para dar provimento ao recurso (extraordinário ou especial), se o acórdão recorrido estiver em conflito com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal superior (art. 544, § 4°, 11, "c", CPC). Essa providência será possível, pois, como o agravo foi interposto nos próprios autos, todas as peças indispensáveis ao julgamento do mérito do recurso não admitido na origem estão à disposição do relator.

Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1 º e 2ü do art. 557 (art. 545, CPC).

Se não for caso de decisão unipessoal, o relator, conhecendo do agravo, processará o recurso (especial ou extraordinário), na forma do Regimento Interno do Tribunal, levando-o a julgamento colegiado.

17. RECURSO ESPECIAL

17.1. O papel do STJ

O Superior Tribunal de Justiça mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça.

Nesse mister de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, insere

-se uma outra função do STJ: un(formizar a jurisprudência nacional. Trata-se de função importantíssima, intimamente relacionada com o principio da segurança jurídica. Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação i nfraconstitucional, o julgamento que venha a ser proferido, conferindo i nterpretação a determinada norma federal, serve, a u m só tempo, como corretivo da decisão 325

impugnada e elemento de uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da referida norma.

Tudo isso significa que o STJ desempenha uma função paradigmática, na medida em que suas decisões servem de exemplo a ser seguido pelos demais tribunais, com o que se obtém a unijàrmização da jurisprudência nacional. Na verdade, tal função j á era exercida pelo STF, antes do advento da Constituição Federal de 1 988. Na época que antecedeu a atual Constituição Federal, o STF não somente

analisava matéria constitucional, cabendo-lhe igualmente o exame de questões infraconstitucionais. Esta última parcela de sua competência foi desmembrada e, com a criação do STJ, passou a ser exercida por este último.

Enfün, o STJ desempenha função primordial de interpretar e preservar a legislação federal infraconstitucional, além de ter o papel de uniformizar a jurisprudência nacional quanto àquela mesma legislação, em decisões paradigmáticas.

Essa sua função é exercida, essencialmente, mediante o julgamento de recurso especial, cujas hipóteses de cabimento estão a seguir tratadas.

1 7.2. Considerações gerais sobre o recurso especial

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas no art. 1 05, IH, da Constituição Federal:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: Ili - julgar, em recurso especial, as causas decididas. em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão reconida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

Ao prever as hipóteses de cabimento do recurso especial, o art. 1 05, Ili, da Constituição Federal alude a decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal de Justiça, por Tribwrnl Regional Federal ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Não é sem razão, aliás, que o enunciado n. 203 da súmula do STJ prescreve que '·não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais". É que o órgão de segundo grau dos Juizados Especiais não se encaixa na previsão constitucional, não se identificando nem com Tribunal de Justiça, nem com Tribunal Regional Federal nem com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O dispositivo, corno se vê, refere-se, expressamente, a tribunais, além de exigir que a decisão seja de última ou de única instância. Ora, para que um desses h·ibunais profira decisJo de última ou de única instância, é preciso que 326

haja a manifestação.fina/ do colegiado competente. Não basta a decisão isolada do relator, sendo necessária a deliberação final do colegiado. Só cabe recurso especial contra acórdão.

O que se percebe, adernais, é que o recurso especial é cabível por ter havido ofensa a tratado ou lei federal (CF/88, art. 1 05, I l l , "a"). As demais hipóteses de cabimento do recurso especial (previstas nas al íneas b e "c" do inciso II I

"

"

do art. 1 05 da CF) são autônomas e possuem seus respectivos fundamentos -

não constituem derivação da hipótese contida na alínea "a", como se fossem

"sub-alíneas"94.

1 7.3. Cabimento com fundamento na letra "a" do inciso I I I do art. 105 da CF/88

Cabe recurso especial, quando o acórdão recorrido "contrariar tratado ou lei federal , ou negar-lhes vigência".

O termo "contrariar" é mais abrangente do que "negar vigência". Com efeito, contrariar "supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação coneta, no sentido do órgão responsável pel.o controle ao respeito e pela uniformização do direito federal"95• Em outras palavras, contrariar um texto "é mais do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a extensão daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar a certos respeitos, o outro; segundo, a compreensão dessas alocuções é diversa: 'contrariar' tem uma conotação mais difusa, menos contundente"96.

Vale dizer que contrariar soa como mais grave do que negar vigência. O termo contrariar não admite sequer que tenha havido uma suposta interpretação razoável, enquanto se o dispositivo tiver sido razoavelmente interpretado, não se lhe terá negado vigência. Em outras palavras, uma interpretação inadequada caracteriza uma contrariedade, mas não significa que tenha havido negativa de vigência.

94. Em sentido contrário, para quem as hipóteses de cabimento das alíneas "b" e "e" do inciso 111 do art. 1 05, são derivações da hipótese "a", WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 200 1 , n. 6.6., p. 238-245; JORGE, Flávio Cheim. "O recurso interposto pela letra 'e' do ar!. 105, inciso Ili, da Constituição Federal de 1988".

Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 1998, n. 89, p. 30.

95. PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, n. 9.3., 2001, p. 179-180.

96. MANCUSO, Rodolfo de Carnargo. Recurso exlraordinário e recurso especial. 6 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 146.

As expressões, como se vê, contêm sentidos semelhantes, sendo certo que contrariar desponta como mais abrangente do que negar vigência. "Contrariar"

contém "negar vigência".

O enunciado 400 da Súmula do STF assim estabelecia: "Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 1 0 1 , Ili, da Constituição Federal".

A Constituição Federal de 1 967 catalogava as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário em seu art. 1 1 9, III, sobrelevando destacar, no momento, a hipótese descrita na alínea "a", com base na qual cabia recurso extraordinário quando a decisão "a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal".

Como se vê, pela Constituição Federal revogada, o recurso extraordi- nário cabia quando a decisão contrariasse dispositivo constitucional ou quando negasse vigência a tratado ou lei federal. Havia, a bem da verdade, um tratamento díspar entre a questão constitucional e a infraconstitucional: a expressão "contrariar " estava atrelada a dispositivo constitucional, ao passo que o termo "negar vigência " relacionava-se com dispositivo infraconstitucional. Contrariar, como visto, é mais abrangente do que negar vigência. Este último termo compreende as seguintes h ipóteses97: a) quando se aplica lei que não tem aplicação à espécie em lugar da lei federal cabível; b) quando se faz incidir sobre fato certo dispositivo legal inaplicável; c) quando se dá interpretação não razoável à lei federal aplicada. Significa que, dando interpretação não razoável à lei federal, o tribunal estaria a negar-lhe vigência. Do contrário, ou seja, caso conferisse uma interpretação razoável à lei federal, não haveria negativa de vigência, não sendo cabível, portanto, o recurso extraordinário.

De observar-se que o enunciado n. 400 da Súmula do STF aplicava-se, apenas, à parte do recurso extraordinário que tratava de norma infraconstitucional, pois o inconformismo somente cabia, na espécie, quando lhe fosse negada vigência. Em se tratando de norma constitucional, não incidia o enunciado sumular, eis que, nesse caso, deveria a decisão recorrida tê-la contrariado, e não simplesmente lhe negado vigência. Daí porque a Constituição Federal revogada conferia sustentação ao enunciado 400 da Súmula do STF.

Atualmente, não se sustenta mais tal enunciado 400, pois cabe recurso especial quando o acórdão recorrido contrariar ou negar vigência a dispositivo de tratado

97. NEGRÃO, Theotonio. "Técnica do Recurso Extraordinário no cível". Revista dos Tribunais, vol. 602, p. 1 1 .

ou lei federal. Não se deve, portanto, deixar de admitir um recurso especial, por

ser

"razoável" a interpretação dada pelo tribunal local; válida, apenas, a interpretação dada pelo STJ, que constitui o intérprete autêntico da legislação infraconstitucional.

Lei federal, para efeito de cabimento de recurso especial, é expressão que engloba os seguintes diplomas: a) lei complementar federal; b) lei ordinária federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; f) decreto autônomo federal.

É cabível recurso especial por ofensa a dispositivo contido em decreto regulamentar.

Se determinado decreto extrapola o poder regulamentar, resta ofendido o princípio da legalidade. O STF, entretanto, entende que, em casos assim, a hipótese não se situa no âmbito da constitucionalidade, mas no da legalidade98• Logo, não cabe recurso extraordinário; o que cabe é recurso especial, por ofensa ao dispositivo do decreto que extrapolou o poder regulamentar99.

Os demais atos, diplomas ou instrumentos normativos, uma vez desatendidos, não são objeto de análise em recurso especial. Noutros termos, não cabe recurso especial por ofensa a dispositivo constante de portaria, instrução normativa, resolução, decreto-legislativo, parecer normativo etc100•

Também não cabe recurso especial por violação a regimento interno de tribunal. Neste sentido, é a orientação consolidada na súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, editada em época em que tinha essa competência: "399. Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal"'º'·

O recurso especial é cabível, quando se alegar ofensa a dispositivo de lei federal. Não cabe o recurso especial, pela letra "a" do inciso III do art. 1 05 da CF/88, por suposta ofensa a entendimento jurisprudencial do próprio STJ1º2• É possível

98. Acórdão cio Pleno cio STF, ADI 2387, rei. Min. Marco Aurélio, rei. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j.

21/2/200 1 , DJ 5112/2003, p. 18.

99. Acórdão da 2• Seção cio STJ, REsp 1 . 1 5 1 .739/CE, rei. Min. Nancy

Andrighi,j. 1 4/1 1 /2012, DJe 1 7/1 2/201 2.

100. "Não se compreendem no conceito de lei federal, portanto não pennitem a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior :i do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros." (Acórdão unânime da 5• Turma cio STJ, AgRg no Ag 489.031/RS, rei. Min. Jorge Scarlezzini,j.

04/1 1/2003, DJ de 19/12/2003, p. 583). "A apreciação de suposta violação à (sic) ato normativo interno, tais como resoluções, portarias, instruções normativas etc, nílo pode ser objeto de recurso especial, pois os mesmos não se enquadram no conceito de lei federal a que se refere a alínea 'a' do permissivo constitucional. Precedentes." {Acórdão unânime da 5• T., STJ, REsp n. 548.045/PE, rei. Min. Felix Fischer, j.

04.09.2003, publicado no DJ de 1 3 . 1 0.2003, p. 445).

1 O I .No mesmo sentido, N ERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil co111en1ado e legislação extravagame. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266. SOUZA, Bernardo Pimentel. Jntroduçào aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 606; PlNTO, Nelson Luiz. Recurso especial para o Superior Tribunal de ./11s1iça - teoria geral e admissibilidade. São Paulo: MaU1eiros Ed., 1 992, p. 1 08; STJ, 3ª

T., Edcl. no Resp n. 13.640/RJ, rei. Dias Trindacle,j. em 1 9.1 1 .1991, publicado em DJ 16.12.1991, p. 1 8.538.

102. "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE SÚMULA.

DESCABIMENTO

u

n

ser interposto, com fundamento na letra "c" do referido dispositivo constitucional, recurso especial por divergência jurisprudencial. Não cabe, entretanto, recurso especial, com base na letra "a", por ter havido suposto desrespeito a entendimento jurisprudencial ou swn lar do próprio STJ. Na

verdade, a jurisprudência firma orientação a respeito da interpretação a ser conferida a dispositivos legais.

O que se permite é que, no recurso especial, se demonstre que o dispositivo foi interpretado pelo tribunal de 01 igem diferentemente do STJ. E m outras palavras, a jurisprudência do STJ não foi seguida, exatamente porque determinado dispositivo foi interpretado diferentemente da orientação por ele ministrada. Logo, deve o recurso especial apontar violação ao respectivo dispositivo legal, e não à jurisprudência ou ao enw1ciado da súmula do STJ.

1 7.4. Cabimento com fundamento na letra "b" do inciso I II do art. 105 da CF/88

O recurso especial é cabível, nos termos da letra "b" do inciso III do art. 1 05

da Constituição Federal, quando o acórdão recorrido julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

A expressão julgar válido remete à necessidade de um contraste entre o ato do governo local e uma norma federal. Nesse caso, se o ato de governo local foi julgado válido, significa que a lei federal restou afrontada. Entre a lei federal e o ato de governo local, o acórdão recorrido optou por este último, quedando por possivelmente violar a lei federal.

Significa que o ato admi istrativo pode ter violado a lei federal. Ao julgar válido o ato administrativo, o acórdão restou, igualmente, por violar a lei federal, cabendo recurso especial. O STJ é chamado a manifestar-se sobre esse possível contraste entre o ato administrativo local e a legislação federal.

1 7.5. Cabimento com fundamento na letra "c" do inciso III do art. 1 05 da CF/88

Já se viu que o STJ tem a função de uniformizar a jurisprudência nacional, proferindo decisões paradigmáticas.

1. Não cabe recurso especial funda lo em alegação de violação a verbete sumular, por não se enquadrar no conceito de lei federal. Precedente;.

2. Recurso especial não conhecido " (STJ-2' T., REsp 1 .230. 704/SP, rei. Min. Mauro Campbell Marques, j. lº.03.20 1 1 , DJe 1 5 .ü3.201 I).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Exatamente por ter o STJ a função de uniformizar a jurisprudência nacional, cabe recurso especial por divergência jurisprudencial (CF, art. 105, I H ,

"c"). Havendo divergência entre órgãos de tribunais diversos, caberá o recurso especial. A propósito, cumpre advertir ser incabível o recurso especial, quando houver divergência entre órgãos do mesmo tribunal (enunciado n. 1 3 da st'.lmu

la do STJ); somente cabe o recurso extremo, se a divergência for entre órgãos de tribunais diferentes.

O Superior Tribunal de Justiça veio, entretanto, a firmar o entendimento de ser inviável, para demonstração da divergência jurisprudencial, o confronto com acórdãos proferidos em recursos ordinários em mandado de segurança.

Com efeito, entende o STJ que "a indicação de paradigma proferido em recurso ordinário em mandado de segurança não serve à demonstração da divergência j urisprudencial, tendo em vista seu efeito devolutivo amplo." (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1 . 160.702/RJ, rei. Min. Castro Meira, publicado no DJe 2 8 . 1 0.2009). Tal orientação tem por fundamento a amplitude do efeito devolutivo do recurso ordinário. Ora, vários outros recursos também ostentam efeito devolutivo amplo.

Nesse sentido, a apelação, o agravo de instrumento, os embargos i n fringentes têm, de igual modo, efeito devolutivo amplo. A prevalecer tal orientação, não seria também mais possível, para demonstração da divergência jurisprudencial, o confronto com acórdãos proferidos nesses recursos, somente sendo possível o cotejo analítico com acórdãos proferidos em recurso especial e em recurso extraordinário, cujo efeito devolutivo é menos amplo. O efeito devolutivo dos recursos extraordinários também não possui limitação em sua profundidade (como visto linhas atrás).

No julgamento de qualquer recurso, o tribunal haverá de fixar a ratio decidendi da questão principal posta em julgamento. A ratio decidendi é a norma jurídica geral que o tribunal entende aplicável àquele caso concreto. Ela é o elemento normativo do precedente. Se tribunais diversos encontram para casos semelhantes normas gerais diversas, é preciso que o STJ intervenha para compor a divergência jurisprudencial. E isso é o quanto basta para o conhecimento do recurso especial. Pouco importa a situação processual (causa de competência originária ou derivada, recurso especial ou ordinário) de onde surgiu a decisão.

A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça é a ele uniformizar a j urisprudência nacional, eliminando divergência havida entre tribunais diferentes, independentemente do tipo de recurso em que proferido o precedente. É

preciso, apenas, que haja divergência entre precedentes de tribunais diversos, cabendo ao STJ eliminar essa divergência e firmar a orientação a ser seguida pelos tribunais e, de resto, pela comunidade jurídica.

d



Esse entendimento firmado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça contraria sua própria função constitucional, subtraindo a efetividade de sua função e apequenando sua importância como Corte de Justiça destinada, por imposição constitucional, à uniformização da jurisprudência nacional. Ademais, não custa repisar o que sempre defendemos: na interpretação dos requisitos de admissibili ade dos recursos, deve-se optar pela interpretação mais favorável ao cabimento, em prol da efetividade processual e do amplo acesso à justiça.

No recurso especial pela alínea e do inciso I I l do art. 105 da Constituição Federal, deve-se comprovar a divergência demonstrando que o acórdão recorrido está dissentindo do acórdão paradigma (este último - o acórdão paradigma

- deve ter sido proferi.do por outro tribunal, não sendo possível, para fins de recurso especial, a divergência entre órgãos do próprio tribunal: a propósito, essa é a dicção do enunciad 1 3 da Súmula do STJ)1º3• Tal comprovação pode ser feita por uma das seguintes formas: a) certidão; b) cópia autenticada; c) citação do repositório de ju1 isprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrôruca, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na I nternet, com indicação da respectiva fonte.

A citação de decisão publicada em mídia eletrônica ou disponível na Internet restou incluída no

único do art. 54 1 do CPC pela Lei nº 1 1 .3 4 1 , de

7 de agosto de 2006. O próprio STJ já vinha aceitando, para comprovação do

acórdão paradigma, a extração de cópia diretamente do seu sítio, mantido na rede mundial de computadores104.

Com efeito, o uso de m ·dia eletrônica e de decisões disponíveis na internet, quanto aos meios de comprovação da divergência, já vinha sendo, em alguns precedentes, admitido pelo STJ, restando ratificado pela Lei Federal n. l 1 .3 4 1 /2006, que alterou o parágrafo único do art. 541 do CPC: "Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório 103. A divergência deve ocorrer entre a::órdãos de tribunais diversos. Não viabili7..a recurso especial divergência entre o acórdão recorrido e uma s[illegible]ntença ou decisão de primeira instância. Demais disso, "também já se decidiu no STJ que, tratando-se d recurso especial conrra acórdão do TRF, não se presta como paradigma, para demonstração de divergêncir, acórdão do antigo TFR". (PINTO, Nelson Luiz. Man11al dos recursos cíveis. 2 cd. São Paulo: Malheiro[illegible], 2001, n. 9.3.3., p. 1 87).

1 04. "O acórdão colaci.onado como pai adigma, nos embargos de divergência, é o do próprio Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, dispensa-se a indicação do repositório oficial onde foi publicado, admitida, inclusive, a comprovação do dissenso 1través de documento extraído da página da internet desta Corte". (STJ, Corte Especial, EREsp n. 430.Sl l l/MS, rei. Min. José Arnaldo da Fonseca, rei. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalvcs,j. 0 1 .07.2004, publicrdo no DJ de 09.02.2005, p. 1 8 1).

de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de j ulgado disponí- vel na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". Confirma-se que o vem sendo defendido ao longo de todo esse curso: é preciso facilitar o acesso aos tribunais superiores, favorecendo o juízo de admissibilidade dos recursos. Trata-se de alteração alvissareira.

O STJ já dispensou a cópia do acórdão paradigma, nos casos de "divergência notória". "A circunstância de ser notória a divergência acerca da questão jurídica versada no especial permite a mitigação das exigências contidas nos arts. 54 l do CPC e 255 do RISTJ, o que conduz, no caso concreto, ao conhecimento do recurso". (STJ, l" T., AgRg no Resp n. 594. 1 8 1/RS, rei. Min. Tcori Zavasck.i,j.

2 1 .09.2004, publicado no DJ de 1 1 . 1 0.2004, p. 239)1º5•

Feita a comprovação da divergência, deve o recorrente proceder ao chamado cotejo ou confronto analitico entre o j ulgado recorrido e o julgado paradigma, o que significa que deve o recorrente tnnscrever os trechos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Em outras palavras, não é suficiente, para comprovar o dissídio jurisprudencial, a simples transcrição de ementas, sendo necessário que o recorrente transcreva trechos do relatório do acórdão paradigma e, depois, transcreva trechos do relatório do acórdão recorTido, comparando-os, a fim de demonstrar que trataram de casos bem parecidos ou cuja base fática seja bem similar. Após isso, deve o recorrente prosseguir no cotejo analítico, transcrevendo trechos do voto do acórdão paradigma e trechos do voto do acórdão recorrido para, então, confrontá-los, demonstrando que foram adotadas teses opostas. Trata-se, pois, de proceder ao método do distinguishing, a comparação entre o precedente invocado e a decisão recorrida. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste Curso.

105. "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SfNDICATO. LEGITfMIDADEATIVAAD CAUSAM.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. ARTS. 5°, XXI, DA CF

E 3° DA LEI N. 8.073/90. RECURSO PROVIDO. 1 . Esle Tribunal Superior miligou a exigência do calejo analílico insculpido 110 ar/. 255, § 2°, do RJSTJ quando a divergência prelorianafor 1101ória, ou seja, quando o acórdão recorrido dissen1irfro111a/me111e da jurisprudência dominanle no STJ. 2. Possui legitimidade para deduzir em juízo, em nome próprio, direito de seus fil.iados, o sindicato representante de categoria profissional em nção sob o rito ordinário. 3. Recurso especial provido." (STJ, 6ª T., REsp n.

5 1 0.830/MA, rei. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 1 6.09.2004, publicado no DJ

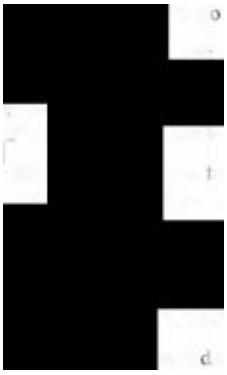
de 04. 10.2004, p. 352).

No mesmo sentido: acórdão unânime da 1° Seção do STJ, DEREsp 506.374/RS, rei. Min. José Delgado, j. 25/08/2004, DJ de 04/1 012004, p. 202. Ainda no mesmo sentido: 2' T., REsp n. 585.853/RS, rei. Min.

Franciulli Nelto,j. 25.05.2004, publicado no DJ de 30.08.2004, p. 263; 3ª T., AGREsp n. 6 1 8 . 5 1 6/RS, rei.

Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29/06/2004, DJ de 30/08/2004, p. 285.

n



FREDIE Dmn R JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

À evidência, para demo strar a divergência faz-se necessário proceder ao cotejo analítico, não sendo suficiente a mera transcrição de ementas.

Enfim, deve-se demonstrar que os acórdãos - tanto o recorrido como o paradigma - versam sobre casos que tenham a mesma base fática, ou seja, que trataram de caso bastante semelhante e que, por outro lado, adotaram teses jurídicas opostas.

Embora a jurisprudência do STJ tenha assentado o entendimento no sentido de que a mera transcrição de ementas é i nsuficiente para demonstrar o dis- sídio jurisprudencial, se a ementa contiver todos os detalhes do caso, será o bastante para, feito o cotejo analítico, ter como comprovada a divergência j u risprudencial.

Aí está a importância de uma boa, detalhada e esclarecedora ementa. Se, no recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, não se aceita a mera transcrição de ementas, nada obsta que o dissídio jurisprudencial seja demonstrado, com base em simples ementa. Na verdade, o que não satisfaz, para efeito de admissibilidade de recurso especial pela divergência jurisprudencial, é a mera transcrição de ementas. O que se impõe é o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e acórdão paradigma.

Ora, se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar o recurso especial pela divergência juris,Prudencial, desde que seja feito o confronto ou cotejo analítico entre o acó1*fão recorrido e a ementa do acórdão paradigma106•

Muito embora se deva àzer o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o

acórdão paradigma (ou a ementa deste), há decisões do próprio STJ

atenuando a formalidade e dispensando tal cotejo analítico, quando se tratar de divergência notória. Nesse caso, o rigor do confronto analítico é amainado, aceitando-se mera referência ao dissídio pretoriano.

Cumpre, final mente, fazer uma observação.

A divergência jurispru encial é hipótese autônoma de fundamentação de recurso especial? Pode um recurso especial ser conhecido e provido pela letra c e não pela letra a, tendo sido interposto com base em ambas?

A questão é polêmica.

1 06. Assim já decidiu o STJ: acórdão unânime da 3º Tunna do STJ, EDREsp 150.467/RJ, rei. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.06.1 999, publicado no DJ de 23.08.1999. p. 1 2 1 .

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

De um lado, sobressai entendimento que defende ser autônoma a hipótese de cabimento de recurso especial fundado na divergênciajurisprudencial. Com efeito, "no caso da alínea e daquele dispositivo, o recorrente não lamenta um vício de atividade (errar in procedendo) ou de avaliação jurídica (errar in iudicando), mas aponta fundamento autônomo - e extrínseco do j ulgado - qual seja a contingência deste se apresentar divergente de acórdão(s) de outro(s) Tribunal(is), assim dando o mote ao STJ para emitir a ú l tima voz sobre a controvérsia, como guardião do Direito Federal, comum"1º7•

Avulta, por outro lado, entendimento segundo o qual a divergência jurisprudencial não constitui fundamento autônomo do recurso especial, devendo, nesse caso, o recorrente demonstrar que a interpretação adotada na decisão recorrida não é a correta, estando a hipótese abrangida pela letra a do inciso J l I do art. 105 da CF. Na verdade, a demonstração do dissídio j urisprudencial consiste em mero reforço do fundamento de violação à lei federal1º8•

Adota-se a primeira interpretação. O segundo entendimento esvazia o conte

údo do comando constitucional previsto na letra "c", olvidando, exatamente, que o objetivo do texto é o de permitir que o Superior Tribunal de Justiça uniformize a interpretação da lei federal e, com isso, forneça paradigmas que tornem mais previsíveis as decisões judiciais, diminuindo a i nsegurança jurídica. Toda i nterpretação que favoreça à uniformização da jurisprudência deve ser prestigiada.

O sistema jurídico brasileiro tem sido estruturado partindo-se desta premissa. A eficácia v i nculativa dos precedentes jurisprudenciais consolidados na súmula do STF (art. 103-A, CF/88) ratifica esse posicionamento. Ademais, é preciso lembrar que, o inciso 111 do art. 105, a CF/88 consagra um direito de acesso aos tribunais superiores, cuja interpretação não pode ser restritiva.

Nessa hipótese de cabimento do recurso especial, não há necessidade do prequestionamento.

Finalmente, impõe-se aduzir que, para que se admita o recurso especial pela h ipótese da letra e, é preciso que a divergência seja atual. A lém do mais, se a jurisprudência do STJ se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido, 107. M ANCUSO, Rodolfo de Camargo. Dive1-gênciaj11rispmdencial e súmula vinculante. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, n. 3 . 1 .2., p. 290.

108. PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 2 cd. São Paulo: Malheiros, 2001 , n. 9.3.3., p. 1 85-186. Assim, também, JORGE, Flavio Cheim. "O recurso interposto pela letra 'c' do ar!. J 05, inciso Ili, da Constituição Federal de 1 988", cit., p. 30; WAMBIER, Teresa Am1da Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrilo direi/o e de açào rescisória, cit., p. 238-245.

S

o



interpretação

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

não cabe o recurso especial pela divergência jurisprudencial (enunciado 83 da Súmula do STJ).

1 7.6. Recurso extraordinário em julgamento de recurso especial Admite-se a interposição de recurso extraordinário contra acórdão que julgar recurso especial. O STF já se posicionou sobre o tema, sistematizando-o:

" 1 . Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. (STF, Pleno, AI n. 1 45.589-RJ-AgRg, rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.06.1 994, p. 16.652)".

Eis algumas situações imaginadas: a) o STJ deixar de aplicar, por entender inconstitucional, a lei sobre cuja interpretação se discute; b) ou j ulgar sem a observância dos requisitos formais constitucionais exigidos para o cabimento do recurso especial; c) ou dar

nova que a parte entende ser inconstitucional (STF, 1ª. T.,AG n. 1 4 1 .5 1 8-DF-AgRg, rel. Min. Moreira Alves, publicado no DJ de 1 1 .03 . 1 994, p. 4. 1 1 3).

1 7.7. Controle difuso da con titucionalidade da lei federal apontada como violada

É possível que o STJ exerça o controle difuso da constitucionalidade da lei apontada como violada. No entanto, é preciso evitar que esse entendimento leve à usurpação da competência do STF"º9•1 1º.

A regra é a seguinte: não p de o STJ examinar a questão constitucional se ela já estiver preclusa, em razão da não impugnação pelo recurso correto na instância ordinária (o acórdão assentava em fundamentos constitucional e legal e a parte vencida não interpôs o recurs extraordinário). A situação muda de figura se não havia interesse na interposição do recurso extraordinário 1 1 1 contra o acórdão 109. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso especial, cit., p. 301.

11 O. "Recurso extraordinário - Prejuízo - Interposição simultânea com o especial conhecido e desprovido. O

conhecimento do recurso especial, pa�sando o Superior Tribunal de Justiça a apreciar matéria de fundo nele versada, implica a substituição previs·a no artigo 5 1 2 do Código de Processo Civil. O Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira do conhecimento do especial, tem competência para, como todo e qualquer órgão investido do oficio judicante, e xercer o controle difuso". (STF, 2'. T., AO 223.494-MS-AgRg, rei.

Min. Marco Aurélio, DJ 07.05.1999, p. 7).

1 1 1 . Quer porque, embora rejeitada a alegação de inconstitucionalidade, a parte saiu-se vencedora em outro argumento; quer porque a alegação de inconstitucionalidade não tenha sido examinada, conquanto tenha obtido êxito a parte com outro argumento (cf. STJ, 3'. T,, REsp 5. 155-SP-EDcl, rei. min. Eduardo Ribeiro, j. 16.04.1996, RSTJ 85/189).

proferido na instância ordinária; por exemplo: a parte venceu, mas a sua alegação de inconstitucionalidade da lei foi repelida.

Nesta situação, duas são as soluções alvitradas, pois "do contrário a parte ver-se-ia privada de ter acesso ao Supremo Tribunal (. . .), a fim de discutir a constitucionalidade de lei federal, o que não é aceitável (. . .)"1 12: a) no julgamento do recw-so especial poderia o STJ examinar a questão constitucional, de oficio ou por provocação da parte vencedora nas contranazões

do recurso especial interposto pela parte vencida; e contra este julgamento caberá recurso extraordinário, posição que nos parece mais correta, tendo em vista a aplicação do enunciado n. 456 da súmula do STF,já examinado; 113 b) interposição, de logo, de recurso extraordinário condicionado à procedência do julgamento do recurso especial interposto pela outra parte,1 14•115 como visto no item sobre recurso adesivo, no capítulo sobre a teoria geral dos recursos.

1 8.8. Recurso especial em reexame necessário

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo ser incabível o recw-so especial contra acórdão proferido em reexame necessário. Não havendo apelação do ente público, mas tendo o caso sido rejulgado pelo tribunal em razão do reexame necessário, não seria cabível o recurso especial, pois haveria, nessa h ipótese, preclusão lógica.

Ao enfrentar o REsp 904.885/S P, a 2ª Turma do STJ, verificando haver precedentes em sentido divergente da 1 ª Turma, resolveu afetar o julgamento à 1 ª

1 1 2. OLIVEIRA, Gleyclson Kleber Lopes ele. Recurso especial. cit., p. 304. "Seja qual for o caminho que se lhe aponte, tal direito tem de ser respeitado. A possibilidade de reiterar a arguição é inerente ao exercício do direito de ação, constitucionalmente assegurado (art. 5°, n.º XXXV)". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição". Direito aplicado li. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 254).

1 1 3. "Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade ele lei pelo Superior Tribunal de Justiça.

Recurso extraordinário interposto sob condição", cit., p. 262-263.

1 14. Contra: OLIVEIRA, Gleydson Lopes de. Recurso especial, cit., p. 304-305; "O agravo não há de prosperar. Com efeito, nenhuma razão assiste ao recorrente em condicionar a apreciação do apelo extremo ao julgamento de 'eventual' recurso especial que venha a ser interposto pelo Município, causando-lhe

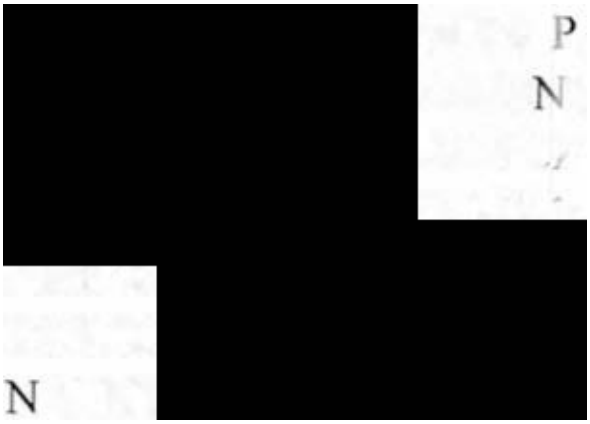
·eventual· sucumbência. A via recursai não se presta a condicionantes, tampouco a eventualidades, mas a falos concretos que viabilizem sua imerposição" (STF,

2'. T., AG 1 8 1 .360, DJ 1 8.04.1 996, p. 1 2 . 1 54).

1 1 5. A favor: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Recurso especial. Exame ele ques1ão ele inconstin1cionalidacle de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição", cit., p. 265-270.

Barbosa Moreira, citando doutrina alemã, aponta a possibilidade de inserção de condição em ato processual, dês que se trate de condição in1raprocess1wl, jamais extraprocessual. As condições iatraprocessuais "não acarretam incerteza, desde que a parte ou o adversário já haja praticado ou pratique simultaneamente outro ato, não subordinado a condição, que para a decisão ministre por si só base segura, caso não a ministre o ato condicional, por não ocorrer o fato posto como condição. Entre os exemplos que ilustram a lição, figura precisamente, com apoio em extensa casuística, haurida na jurisprudência dos tribunais, o ela interposição eventual de recursos . . . " (p. 265). Avent11 ainda, a interposição de recurso adesivo condicionado.

revelava



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Seção, vindo a ser firmado o entendimento de que não cabe o recurso especial em reexame necessário, quando não interposta apelação pela Fazenda Pública, dada a existência de preclusão lógic .

A conclusão a que chegou a 1 ª Seção do STJ em tal julgamento funda-se na existência de uma preclusão lógica: seria incompatível o recurso especial com a ausência do recurso de apelação.

Tal entendimento não se

adequado, tal como demonstrado neste

Curso, na edição anterior.

Instada a manifestar-se sobre tal orientação, a Corte Especial do STJ chegou a conclusão diversa, acolhendo o posicionamento defendido neste Curso, entendendo ser cabível o recurso especial cm reexame necessário. Em precedente específico, assim se manifestou a Corte Especial do STJ:

"PROCESSO CIVIL. RECL RSO ESPECIAL REQUISITO DE ADMISSIBILI

DADE.

RECURSO INTERPOSTO ELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO

QUE NEGOU PROVIME TO A REEXAME NECESSÁRJO. PRELIMINAR

DE PRECLUSÃO LÓGIC A. (POR AQUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A

RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA.

PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NO CASO, ADEMAIS, ALÉM DE ERROR

IN JUDICANDO, RELATIVAMENTE À MATÉRJA PRÓPRJA DO REEXAME

ECESSÁRJO, O RECURSO ESPEClALALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL

POR ERROR lN PROCEDENDO, OCORRIDO NO PRÓPRJO JULGAMENTO

DE SEGUNDO GRAU, MATÉRJAACUJO RESPEITO A FALTA DEANTERJOR

APELAÇÃO NÃO OPEROU, NEM PODERJA OPERAR, QUALQUER EFEITO

PRECLUSIVO.

PR.ELIMINAR DE PR.ECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS

À I'. TURMA, PARA PR SSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ES

PECIAL." (Acórdão da Corte Especial do STJ, R.Esp 905.771/CE, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 29/6/20 O, DJe de 1 9/8/201 0).

Esse é, então, o atual entendimento do STJ: cabe o recurso especial em reexame necessário. Não há qualquer tipo de preclusão na ausência de apelação, não havendo óbice à interposição de recurso especial contra o acórdão que julga o reexame necessário. É possível, ainda, que o erro de procedimento ou de julgamento surja no acórdão que apreciou o reexame necessário, não havendo, portanto, óbice à interposição do recurso especial.

A falta de interposição do recurso é um ato-fato, ou seja, independe da vontade. Não se avalia a vontade. A parte pode deixar de recorrer por diversos motivos, não importando qual foi a vontade. Não há nenhum ato incompatível 338



com a possibilidade fütura de interpor recurso especial. Nem se pode saber qual foi a vontade da Fazenda Pública.

Não há nenhuma conduta contraditória ou desleal da Fazenda Pública em não recorrer. Como existe o reexame necessário, é legítimo que deixe de haver recurso, pois o caso já será revisto pelo tribunal. Ao deixar de recorrer, a

Fazenda está valendo-se de uma regra (antiga, diga-se de passagem) que lhe garante o reexame da sentença pelo tribunal. Não houve ato em sentido contrário, nem há qualquer contradição.

Enfim, o STJ entendia não caber recurso especial em reexame necessário, quando não interposta apelação pela Fazenda Pública. Tal entendimento veio a ser alterado, ajustando-se ao entendimento prevalecente na doutrina.

1 7.9. Julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos.

A Lei Federal l l .672/2008 acrescentou o art. 543-C ao CPC, que cuida do procedimento para processo e julgamento de recursos especiais "repetitivos", aqueles em que se discute uma mesma questão de direito.

Segue-se o modelo de regramento do processo para julgamento dos recursos extraordinários repetitivos (ari. 543-B, CPC), examinado no item sobre repercussão geral, mais à frente, para onde se remete o leitor. Assim: a) o tribunal local deverá proceder à seleção dos recursos que mais bem representem as discussões em torno da questão, que será julgada por amostragem (art. 543-C, § 1 º, C PC); b) permite

-se a intervenção de amicus curiae neste julgamento (art. 543-C, § 4°, CPC); c) j ulgado(s) o(s) recurso(s) especial(is) selecionado(s), os outros, cujo processamento ficou sobrestado na origem, I terão seguimento denegado na hipótese de

-

o acórdão recouido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ou II serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o

-

acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. Os comentários feitos ao art. 543-B, CPC, no item sobre repercussão geral, servem ao exame do art. 543-C, mulatis mutandis, inclusive quanto à observação relativa ao controle da decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local que determina o sobrestamento de recurso que não contém afinidade ou similitude com aquele(s) selecionado(s) para exame pelo tribunal superior (conforme ali se defende, cabe reclamação constitucional contra tal determinação equivocada de

sobrestamento).1 16

1 1 6. Consoante explicitndo no item deste volume 3 que Lraw da repercussão geral, o STF entende que cabe um pedido de reconsideração ao próprio Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local para que o recurso não fique sobrestado, por tratar de outro Lema ou por conter peculiaridade que merece exame destacado do recurso representativo da controvérsia, a ser julgado por amostrnge111. Dessa decisão cabe agravo interno para o próprio tribunal local. Para que seja, entretanto, examinado pedido de rcconsiclcração, é preciso 339

Há, porém, regras novas.

que haja o exame prévio da admissibilidade do recurso. Se o recurso for inadmissível, já se lhe deve negar seguimento, e não simplesmente afastar o sobrestamento. Admitido o recurso, aí sim deve ser apreciada a reconsideração, a fim de ser acolhida ou rejeitada. O STJ assim decidiu, em acórdão que ostenta a seguinte ementa, cuja transcrição merece ser feita: "PROCESSUAL CIVIL. rutzo DE RETRATAÇÃO QUE ESTÁ

CONDICIONADO AO PRÉVIO EXAME DEADM1SSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

ARTIGO 543-B, § 3°, C/C ARTIGO 542, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ! . É sedimentado na doutrina que pode ser feita "uma analcgia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide e o mérito da 1ção, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso". 2. Por mais que o objetivo da repercussão geral seja consolidar o exame da matéria num único julgamento considerando todas as premissas relacionadas ao tema; por mais que se defenda a objetivação do controle difuso, com a extensão dos efeitos do julgamento do recurso extraordinário para além dos litigantes, deve-se recordar que, mesmo as ação; objetivas, guardadas as devidas adaptações, sujeitam-se às condições da ação e aos pressupostos processuais e, pois, qualquer recurso, inclusive aqueles sobrestados na origem devem se sujeitar ao juízo de admissibilidade. 3. Se a pretensão do recorrente estiver maculada no plano da existência ou da validade, o órgão responsável pelo julgamento não poderá apreciar o conteúdo da postula

ção, seja porque, pela lógica formal, o) que juridicamente não existe não é elemento nem óbice de nada; seja porque, como regra, ato nulo não pode surtir efeitos jurídicos (como o efeito regressivo) e, mesmo que se reconheça que estes podem ser gerados, não exsurgernjustificativas válidas no ordenamento para a proteção deles no presente caso. Pelo contrário! 4. Nilo se pode, a pretexto de atingir uma igualdade formal simplista, a qual não mais encontra guarida no nosso sistema jurídico, dispensar os requisitos de admissibilidade dos

extraordinários sobrestados na origem e desconsiderar que entre os jurisdicionados há aquele mais diligente, que se preocupou com esgotar previú!nente as instâncias ordinárias e fazer-se compreender em sua petição.

prequestionou as questões suscitadas nas razões do recurso, resguardou-se contra os prazos extintivos, constituiu advogado e este, por sua \ez, firmou a petição ... Enfim, há o Litigante que cumpriu essas e outras condições que, de urna forma ou de outra, encontram arrimo no texto constitucional, cujas normas não só asseguram a razoável duração do processo, mas amparam o devido processo legal, traçam as hipóteses do apelo extremo, protegem a segurança juridica, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a igualdade - esta em seu sentido m:nerial - , reconhecem o advogado como indispensável à administração da justiça, etc. 5. Não se ignoram os recentes precedentes em desfavor do prévio juízo de admissibilidade dos recursos sobrestados. Contudo, causa perplexidade tal entendimento, uma vez que, em último caso, sua adoção viabilizaria a teratológica retratação do anigo 543-B, §3°, do CPC, ante da mera juntada por um rábula de uma receita de bolo acompanhada de um simplório pedido de reconsideração aos autos de um processo há muito arquivado, contra o qual deco1 reram todos os prazos extintivos. Isso sim sacrifica os direitos e garantias acima elencados! 6. A leitura aten t

a

do artigo 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal permite verificar que tal dispositivo impõe a emissão do juízo de admissibilidade, pelo Tribunal de origem, sobre o recurso extraordinário sobrestado assim que o Supremo Tribunal Federal decida o mérito recurso representativo da con trovérsia. Ou >eja, o Tribunal de origem não emitirá exame de admissibilidade sobre os recursos extraordinários interpostos até o julgamento do mérito do leading case. A contrario sensu, uma vez julgado o recurso representativo da controvérsia, deverá o Tribunal de origem proceder a essa análise, que, aliás, precede o julgamento d qualquer apelo em qualquer instãncia, por força de expressa previsão legal - anigo 542, § 1 °, do CPC. 7. \llutatis mutandis, aplica-se o entendimento adotado neste colegiado no sentido de ser inaplicável o regime disposto no art. 543-C do CPC, estabelecido pela Lei 1 1 .672/2008, ao recursos especiais que não preenchem os requisitos de admissibilidade do recurso especial. 8. Não se pode fulminar por completo os meios e recursos válidos e legítimos constituídos pelo Estado-legislador para se privar alguém de sua liberdade ou <le seus bens, a ponto até de suprir a ineficiência ou inatividade

de alguns litigantes (em ofensa ao princípio do dispositivo e da impessoalidade), sobretudo se vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que todos devem submeter-se as nonnas por ele estabelecidas e se o artigo 542,

§ 1 º, do CPC, cuja ,redação cuida do primeiro ju[zo de admissibilidade, ainda se encontra em vigor e não traz restrições quanto à sua aplicação aos recursos sobrestados na origem. 9. Assim, deve ser mantida a decisão que detenn.inou a remessa dos autos à Vice-Presidência para que se efetue o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. 1 O. Agravo regimental não provido." (Acórdão da 2• Turma do STJ, AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg noAg 1 .230.276/RS, Rei. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,j. 06/ 11/2012, DJe 1211 112012).

RECURSO EXTRAORDINÁRJO E RECURSO ESPECIAL

Se o tribunal de origem não proceder à seleção dos recursos especiais mais representativos, conforme detennina o § 1 º do art. 543-C, poderá o relator do recurso especial determinar, ex officio, a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. Para tanto, é preciso que verifique se já há jurisprudência dominante sobre a controvérsia, ou se ela já está afeta ao colegiado a que pertence (art. 543-C, § 2º, CPC).

Para instruir o julgamento por amostragem, o relator poderá solicitar informa

ções dos tribunais de segunda instância a respeito da controvérsia, que, no caso, funcionarão como amici curiae (art. 543-C, § 3°, CPC).

Impõe-se, também, a intimação do Ministério Público, para que se manifeste em quinze dias no procedimento para julgamento do recurso especial por amostragem (art. 543-C, § 5°, CPC).

Estabelece-se a preferência para esse julgamento, ressalvados os casos que envolvam réu preso e habeas corpus (art. 543-C, § 6º, CPC).

O art. 543-C e seus parágrafos estabelecem regras sobre o procedimento do recurso especial. Nada dizem sobre a sua admissibilidade. Assim, não bá problema no art. 2° da Lei Federal n. 1 1 .672/2008, que determina a aplicação imediata da nova lei, mesmo aos recursos já interpostos por ocasião do início de sua vigência.

Para regulamentar o procedimento relativo aos recursos especiais repetitivos, a Presidência do STJ editou a Resolução n. 8, de 07 de agosto de 2008, estabelecendo que, no caso de haver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente do tribunal de origem deve, ao admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, suspender a tramitação dos demais até o julgamento definitivo do Tribunal.

Deve o Presidente do tribunal local selecionar pelo menos 1 (um) processo de cada relator, mais precisamente os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial. A suspensão, que será certificada nos autos, pode ser estendida aos demais recursos.

Segundo entende o STF, não cabe agravo (CPC, art. 544) da decisão que determinar o sobrestamento do recurso enquanto não se julgar o recurso selecionado, nem reclamação constitucional, sendo admissível, apenas, agravo interno para o próprio tribunal local. Eis, a propósito, o teor da ementa do seguinte precedente:

"RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORlGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL.

DECISÃO PROFERI DA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDE

RAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO.

ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA.

341



fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

1 . Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727.

2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2. 1 77-MC-QO/

PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4° do art. 543-B do Código de Processo Civil.

3. Fora dessa específica Ltipót<!se não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal.

4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.

6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco.

7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida.

8. Detenninação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno.

9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação.'" 17

Nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça não ser cabível o agravo previsto no art. 544 do CPC contra a decisão do Presidente ou Vice-Presideme do tribunal de origem que detemüna o sobrestamento do recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC. 18

Significa que não se tem admitido, contra a decisão que determina o sobrestamento do recurso extraordinário ou e�pecial enquanto não se julga o recurso representativo da controvérsia, o agravo pre\isto no art. 544 do CPC. O que o STF aceita, como visto, é o agravo interno para o próprio tribunal local.

Tal entendimento revela-se preocupante. Imagine-se que detem1inado recurso especial ou extraordinário foi soorestado indevidamente, por não guardar pertinência 1 1 7. STF, Pleno, Rei n. 7569, rei. Min. EI en Gracic, j. cm 1 9. 1 1 .2009, publicado no DJe em 1 1 . 1 2.2009. No mesmo sentido, acórdão, por maioria de votos, da Corte Especial do STJ, na QO no AG 1 . 154.599/SP. rei.

Min. Cesar Asfor Rocha, j. 1 6.2.20 1 1 ..

1 1 8 . .. PROCESSUAL CIVLL - AGRA V DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE

DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIALNOTRJBUNAL DE ORIGEM, NOS

TERMOS DO ART. 543-C, § lº. DO CPC- NÃO CABIMENTO. l . A decisão do presidente do Tribunal a quo que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC, não tem cunho decisório. 2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso. uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado. '\gravo regimental improvido." (STJ, 2• T., AgRg no Ag 1 .223.072/

SP, Rei. Mio. Humberto Martins,j. em 09.03.2010, publicado no DJc de 18.03.201 0).

com o caso escolhido para julgamento por amostragem ou por versar sobre matéria diversa. O que deve a parte fazer? Segundo a orientação ministrada pelo STF, deve interpor agravo interno. E se tal agravo não for provido? O que fazer?

A demonstração de que há um distinguishing ou um overruling deve ser feita perante o tribunal superior, e não perante o tribunal local. Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não

versar sobre o mesmo assunto do recurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escol bido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem.1 19

Nos termos do § 7° do arl. 543-C do CPC, depois de julgado o recurso especial por amostragem pelo STJ, os demais recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento negado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ, ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ. Imagine-se que, julgado o recurso por amostragem, um dos recursos que estava sobrestado tem seu seguimento negado na origem. Suponha-se, entretanto, que há peculiaridade no caso que impediria essa negativa de seguimento. O que deve fazer a parte? Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça também não admite o agravo de instrumento. Aqui se fazem as mesmas críticas feitas logo acima a respeito do indevido sobrestamento12º.

1 1 9. Em interessante texto, Nicolas Mendonça Coelho de Araújo entende ser cabível mandado de segurança contra o ato do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local que determina equivocadamente o sobrestamento do recurso especial ou extraordinário. Segundo ali se defende, o ato que determina o sobrestamento não seria jurisdicional, sendo passível de mandado de segurança. Entende que não cabe agravo de instrumento para o tribunal superior, pois não haveria, no caso, exercício de juízo de admissibilidade. Parece-lhe, de igual modo, não ser cabível a reclamação constitucional, por não haver usurpação de competência, já que seria competência privativa do Presidente ou do Vice-Presidente do tribunal de origem. Também entende não ser cabível agravo interno, por se tratar de ato privativo do Presidente ou Vice-Presidente, não controlável pelo plenário ou corte especial do tribunal (ARAÚJO, Nicolas Mendonça Coelho de. "Meios de impugnação da decisão de sobrestamento do recurso especial em razão da instauração do procedimento do art. 543-C do CPC". Revis1a de Processo. São Paulo: RT, 201 1, n. 197, p. 359-3 7 1). Não obstante a boa lavra dos argumentos defendidos, não nos parece cabível, no caso, o mandado de segurança, pois não concordamos com a premissa de que não seria essa uma decisão jurisdicional. Na verdade, ao sobrestar indevidamente um recurso, o Presidente ou Vice-Presidente está a impedir que o tribunal superior aprecie o caso, o que equivale a lhe usurpar a competência.

120. "QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO.

EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega segujmcnto a recurso especial com base no art. 543, § 7°, inciso 1, do CPC. Agravo não conhecido." (STJ, Corte Especial, QO no Ag n. 1 . 154.599/SP, rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 16.2.201 1, publicado no DJe de 12.5.201 1).Correta e digna de menção a fundamentação do voto vencido, da lavra do Ministro TEOR! ALBINO ZAVASCKJ: "É cabível a interposição de agravo de instrumento conlra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no aitigo 543-C, §7º, inciso l, do CPC, visto que o artigo 543-C, ao instituir o sistema de julgamento de recursos repetitivos, não criou restrição ao regime constitucional de cabimento de recursos ao STJ, nem modificou os requisitos legais de admissibilidade dos recursos sobre matéria id€ntica. É cabível a interposição de agravo de instrumento 343



o

fREDIE DJDlER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Ainda nos termos da citada Resolução n. 8/2008, o agrupamento de recursos repetitivos deve levar em conta apenas a questão central de mérito, sempre que o seu exame for prejudicial à análise de outras questões secundárias, arguidas no mesmo recurso.

Se o Ministro Relator, no STJ, verificar a existência, em seu gabinete, de

múltiplos recursos com ftm amento nas mesmas questões de direito ou caso receba dos tribunais de origem recurso especial admitido como representativo da controvérsia, poderá, por simples despacho, afetar o julgamento de um deles à Seção. Na hipótese de a questão discutida no recurso disser respeito à competência de mais de uma Seção, ao Rei tor caberá afetar seu julgamento à Corte Especial.

Em qualquer caso, a afetação será comunicada ao tribunal de origem, pela coordenadoria do órgão julgador, que poderá ser ou a Seção ou a Corte Especial.

O M inistro Relator, antes do julgamento, autorizará a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia121 • De igual modo, o Ministro Relator, antes do julgamento, dará vista dos autos ao M inistério Público, por 1 5 (quinze) dias. Nesses pontos, os termos da mencionada resolução reproduzem as regras contidas no art. 543-C do CPC, já mencionadas anteriormente.

Afetado o julgamento à Seção ou à Coite Especial, sua respectiva coordenadoria, ao receber o recurso especial, deverá incluí-lo na primeira pauta de julgamento que se encontre disponível, quando será julgado com preferência sobre os demais casos, exceto os processos relativos a réu preso e habeas co1pus.

Além de incluir o recurso na primeirn pauta disponível, caberá à respectiva coordenadoria comunicar a afetação, por oficio, aos demais Ministros integrantes contra decisão que nega seguimento 1 recurso especial com base no artigo 543-C, §7°, inciso 1, do CPC, porque negar o acesso ao STJ, nesse caso, equivaleria a conferir aos precedentes julgados pelo regime dos recursos repetitivos não apenas um efeito vinculante ultra partes, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual. outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. É cabivel a interposição de agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no anig 543-C, §7°, inciso 1, do CPC, porque não seria possível estender o requisito negativo de admissibilidade quando o recurso, além de versar sobre matéria julgada sob o sistema cios recursos repetitivos, trouxer também fundamento autônomo, por si só apto a reformar ou anular o acórdão recorrido, como ocorre na espécie, em que se alega violação ao anigo 535 do CPC. É cabivcl a interposição de agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no anigo 543-C, §7°, inciso 1, do CPC. porque, como forma de preservar a eficácia dos julgamentos sob o

regime dos recursos repetitivos, a legislação processual contempla mecanismos aptos a evitar a indevida e abusiva interposição de recursos prntelatórios, mediante a aplicação de multas, nos tennos dos anigos 14, lll, 1 7, Vil, 545 e 557, §2º, do CPC."

1 2 1 . Sobre a manifestação de interessados no recurso especial repetitivo, consultar, PATRIOTA, Mana. O

procedimento da Lei nº 1 1 .672/2008 a partir da manifestação do amicus curiae. Questões aluais sobre os meios de impugnação co11tra decisões_"udiciais. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 177-1 89.

do órgão j ulgador e extrair cópias do acórdão reco1Tido, do recurso especial, das contrarrazões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e de outras peças indicadas pelo Ministro Relator, encaminhando-as aos integrantes do órgão j ulgador pelo menos 5 (cinco) dias antes do julgamento.

Publicado o acórdão do recurso especial afetado, o Ministro que tenha determinado a suspensão dos recursos fundados em idêntica controvérsia poderá julgá-los nos termos do art. 557 do CPC. Recursos especiais ainda não

distribuídos, e que versem sobre a mesma questão, deverão ser julgados pelo Presidente do STJ, na forma da Resolução n. 3/2008.

Assim que for publicado o acórdão do STJ proferido no recurso especial afetado, cessa a suspensão dos demais recursos que ficaram represados nos tribunais locais, aos quais não será dado provimento se decisão do STJ coincidir com a conclusão a que chegaram os acórdãos recorridos. Na hipótese de verificar-se divergência entre os acórdãos recorridos e o julgamento do STJ, os recursos especiais que ficaram sobrestados na origem serão novamente submetidos ao órgão julgador competente no tribunal de origem, competindo-lhes reconsiderar a decisão para ajustá-la à orientação firmada pelo STJ, tudo em conformidade com o que já consta do art. 543-C do CPC122•

Todas essas regras aplicam-se, igualmente, aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões que inadmitiram recursos especiais cujo fundamento repousa em matéria repetitiva.

Segue a íntegra da Resolução do STJ n. 08, de 07 de agosto de 2008.

Resolução n. 08. de 07 de agosto de 2008.

Estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos.

O PRESIDENTE DO SUPEIUOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo art. 2 1 , XX, do Regimento lnterno, "acl referendum" do Conselho de Administração, e

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar os procedimentos para admissibilidade e julgamento dos recursos especiais repetitivos, previstos na Lei n. 1 1 .672, de 8 de maio de 2008,

RESOLVE:

122. Ao julgar os Embargos de Declaração no AgRg no Ag 1 .067.829/PR, rei. Min. Herman Benjamin, a 2'

Turma do STJ reafirmou o entendimento já manifestado em outros casos de "ser desnecessário o trânsito em julgado da decisão proferida em Recurso Especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC para a adoção da tese nele firmada" (j.

09/1 012012, DJe 3 1 110/20 12).

345





FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Art. 1 ° Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 54 t) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§ 1 º Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior di' ersidade de fundamemos no acórdão e de argumentos no recttrso especial.

§ 2° O agrupamento de recur�os repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso.

§ 3° A suspensão será certificada nos autos.

§ 4° No Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais de que trata este artigo serão distribuídos por dependência e submetidos a julgamento nos tem1os do art.

543-C do CPC e desta Resolução.

Art. 2º Recebendo recurso especial admitido com base no artigo 1°, caput, desta

Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de wua Seção.

§ 1° A critério do Relator, poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, na fom1a d..:ste artigo, recursos especiais já distribuídos que forem representativos de questão Jurídica objeto de recursos repetitivos.

§ 2º A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, confonne o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia.

Art. 3° Antes do julgamento do recurso, o Relator:

1 - poderá solicitar infonnações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

li - dará vista dos autos a< Ministério Público por quinze dias.

Art. 4° Na Seção ou na Corte Especial, o recurso especial será julgado com preferência sobre os demais, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo único: A Coordenadoria do órgão julgador extrairá cópias do acórdão recorrido, do recurso especial. d.is contrarrazões, da decisão de admissibilidade, do parecer do M inistério Público e de outras peças indicadas pelo Relator, encaminhando-as aos integrantes do órgão julgador pelo menos 5 (cinco) dias antes do julgamento.

Art. 5° Publicado o acórd io do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demai recursos especiais fundados em idêntica controvérsia: 1 - se já distribuídos, serão julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil;

RECURSO EXTRAORDINÁRJO E RECURSO ESPECIAi.

11 - se ainda não distribuídos, serão julgados pela Presidência, nos termos da Resolução n. 3, de 1 7 de abril de 2008.

Ili - se sobrestados na origem, terão seguimento na forma prevista nos parágrafos sétimo e oitavo do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Art. 6° A coordenadoria do órgão julgador expedirá oficio aos tribunais de origem com cópia do acórdão relativo ao recurso especial julgado na forma desta

Resolução.

Art. 7° O procedimento estabelecido nesta Resolução aplica-se, no que couber, aos agravos de instrumento interpostos contra decisão que não admitir recurso especial.

Art. 8° Esta Resolução entra em vigor em 8 de agosto de 2008 e será publicada no Diário de Justiça eletrônico, ficando revogada a Resolução nº 7, de 14 de julho de 2008.

Brasília, 7 de agosto de 2008.

Ministro CESAR AS FOR ROCHA

17.10. Desistência do recurso no procedimento de julgamento por amostragem Viu-se que quando há uma questão repetitiva que se discute em diversos recursos especiais, esses serão submetidos à técnica de julgamento do art. 543-C

do CPC, o julgamento por amostragem, de que se tratou no item acima. Conforme será visto no item sobre o recurso extraordinário, mais à frente, procedimento semelhante pode surgir também no julgamento do recurso extraordinário (ait.

543-B, CPC). Significa que, em casos repetitivos, um ou alguns dos recursos são escolhidos para julgamento pelo STF ou STJ, ficando os demais sobrestados, no aguardo de tal julgamento. Realizado o j ulgamento pelo STF ou STJ, os demais recursos devem ter o mesmo destino daquele que foi destacado para julgamento.

Selecionado um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou STJ, pode o recorrente desistir dele? Em outras palavras, é eficaz a desistência de recurso destacado, por amostragem, para julgamento? A desistência do recurso, como se viu, produz efeitos imediatos (CPC, art. 1 58), não necessitando de homologação judicial, nem de concordância da parte contrária (CPC, art. 501) É dizer: nã.o se pode, em princípio, rejeitar a desistência, pois

.

não se pede a desistência; simplesmente se desiste e a desistência produz efeitos imediatos.

Há, contudo, um detalhe a ser observado.

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursai, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros 347

n

s

p

casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursai, pri cipal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análi e dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Jnconstitucionalidade, por exemplo).

O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigi so coletivo.

Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento recursai, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela roduz efeitos imediatos, não dependendo de concordância da outra parte, nem de autorização ou homologação judicial. Ademais, a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, ou se celebre um negócio juríclico, ou por qualquer outro motivo legítimo, que não necessita ser declinado ou justificado. Demais disso, o procedimento recursai é, como se sabe, orientado pelo princípio dispositivo.

Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior.123

Em suma, a desistência não impede o julgamento, com a definição da tese a ser adotada pelo tribunal superior, mas tal julgamento não atinge o recorrente que

desistiu, servindo, apenas, para estabelecer o entendimento do tribunal, a influenciar e repercutir nos outros recursos que ficaram sobrestados.

Em determinada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp 1 .058. 1 1 4 e R.Esp 1 .063.343. Em tais casos, o reconente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado, como visto, entender que há revogação do recmso, pela desistência, mas deve ser realizado o julgamento no tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.124

123. Aderindo ao entendimento aqui manifestado, PrNTO, Christian Barros. A desistência de recun;o especial ou extraordinário afetado ao julgam�nto por amostragem. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, jun. 2009, v. 75, p. 9-18.

124. Para Christian Barros Pinto, se mais Je um recurso tiver sido escolhido para julgamento por amostragem, tendo havido a desistência de apenas um deles, deve a fixação da tese ser estabelecida ao outro recurso que não fora objeto de desistência. l\ ão havendo outrn recurso por amostragem, deve-se, na sua opinião, 348

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

18. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1 8.1. Papel do STF

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de un[/

àrmizar a jurispmdência naaional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação.

No espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.

18.2. Considerações gerais

Porque tem a função de guarda da Constituição Federal, ao STF cabe conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio de controle abstrato de constitucionalidade ou por meio do controle concreto, sendo este último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário (ver, porém, a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato, adiante examinada).

Daí se infere que: "o recurso extraordinário, portanto, sempre teve como finalidade, entre outras, a de assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal"125•

Enfim, o papel do Recurso Extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento.

Nos termos do art. 1 02, IIl, da Consti.tuição Federal:

seguir a soluç�o aqui preconizada. Nesse sentido, conferir, l'rNTO, Christian Barros. A desistência de recurso especial ou extraordinário afetado ao julgamento por amostragem. cit., p. 1 8.

125. ALVLM, Eduardo Arruda. "O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens." Aspectos polémicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.).

São Paulo: RT, 1 997, p. 46.

CUN

l

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA

MA

"Art. 1 02. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: li 1 -julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei m ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".

Cabe analisar, uma a uma, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

Antes, contudo, uma observação.

Já se viu que o recurso especial somente é cabível, se o acórdão recorrido tiver sido proferido por tribunal de justiça ou por tribunal regional federal, sendo certo que não cabe recurso especial de acórdão proferido por órgão recursai dos juizados especiais cíveis.

No tocante ao recurso extraordinário, a situação é diferente. Ao disciplinar o cabimento do recurso e"<traordinário, o art. 1 02, T J I, da Constituição da República, estabelece ser adequado tal apelo para impugnar decisão que julgar a causa em última ou única instância, não fazendo, diferentemente do que sucede com o recurso especial, alusão a qualquer órgão jurisdicional que tenha proferido dita decisão.

Sendo assim, se um juiz ou órgão singular julgar a causa em última ou única instância, será cabível o recurso extraordinário. É o que ocorre, por exemplo, nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTN. Nesses casos, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. Os embargos infringentes, instruídos ou não com documentos novos, serão interpostos, no prazo de 1 O

(dez) dias, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada. Dessa decisão cabe recurso extraordinário.

De igual modo, cabe recurso extraordinário, diferentemente do que acontece com o recurso especial, contra decisão proferida por órgão recursai dos j uizados especiais cíveis. A propósito, \ ale mencionar o que estabelece o enunciado 640

da Súmula do STF: "É cabíve recurso extraordiná1io contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por tunna recursai de juizado especial cível e criminal".

Em suma, o recurso extraordinário cabe, em princípio, de decisão de órgão colegiado, mas bá hipóteses, como visto, em que poderá ser manejado contra decisão de órgão singular ou de primeira instância.

Convém, ainda, fazer duas anotações. O STF entende que não cabe recurso extraordinário contra decisão p1 oferida em processamento de precatório (súmula, n. 733), porque se trata de decisão administrativa, e contra acórdão que defere medida liminar (súmula, n. 735), porque não é decisão final.



1 8.3. Cabimento com fundamento na letra "a" do inciso I l i do art. 102 da CF/88

Por essa hipótese, cabe recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal.

A contrariedade, nesse caso, deve ser direta e frontal, não cabendo recurso extraordinário, por ofensa indireta ou reflexa. O próprio texto constitucional tem

de ter sido ferido, diretamente, sem que haja lei federal "de permeio"126•

Em outras palavras, se, para demonstrar a contrariedade a dispositivo constitucional, é preciso, antes, demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, então foi essa que se contrariou, e não aquela. Não cabe, portanto, o recurso extraordinário, cabendo, isto sim, o recurso especial para o STJ.

Não é por outra razão, aliás, que o enunciado 636 da Súmula do STF tem o seguinte teor: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

A norma constitucional tida como contrariada deve ter sido objeto de debate no acórdão ou na decisão recorrida. Deve, enfim, haver prequestionamento, como já destacado anteriormente.

Em sentido diverso, isoladamente: "Nem se diga do envolvimento, na espécie, de normas estritamente legais disciplinando a estrutura dos provimentos judiciais.

Os princípios da legalidade e do devido processo legal estão a direcionar à observância de preceitos ordinários. Por isso mesmo, descabe potencializar a óptica no sentido de que a violência suficiente a impulsionar o recurso extraordinário há de ser frontal e direta. Caso a caso, cumpre ao Supremo Tribunal Federal perquirir a configuração do desprezo aos citados princípios e assim exercer a atividade precípua de guarda maior da Carta da República. Conclusão diversa implica relegar à inocuidade os preceitos asseguradores da intangibilidade desses princípios, tão caros às sociedades que se dizem democráticas" (RE n. 1 54 . 1 59, rei. Min. Marco Aurélio).

Se determinado decreto extrapola o poder regulamentar, resta ofendido o princípio da legalidade. O STF, entretanto, entende que, em casos assim, a hipótese não se situa no 126. Fábio José Moreira dos Santos informa as expressões normalmente utilizadas pelo STF para não admitir recurso extraordinário por ausência de ofensa direta à CF/88: necessidade de demonstração de ofensa à lei ordinária, ofensa inferida de prévia vulncração da lei, necessidade de verificação de negativa de vigência de lei federal, questão de interpretação de lei ordinária, existência de lei ft:deral de permeio ele. ("Ofensa direta e frontal à Constituição Federal corno pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF". Aspectos polémicos e

atuais dos recursos e de outros meios de i111p11g11ação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 1 86).

351



n
u

âmbito da constitucionalidade, mas no da legaJidade127• Logo, não cabe recurso extraordinário; o que cabe é recurso especial, por ofensa ao dispositivo do decreto que extrapolou o poder regulamentar12s.

1 8.4. Cabimento com fundamento na letra "b" do inciso I I I do art. 102 da CF/88

Decretada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, cabe recurso extraordinário para o STF, pois a este se confere a atribuição de ser o guardião da Constituição Federal, cabendo-lhe rever se a norma tida por inconstitucional realmente está contaminada por tal vício. Essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário dispensa o prequestionarnento: o que importa é a manifestação do tribunal recorrido que decrete a inconstitucionalidade de uma lei ou de um tratado.

No capítulo relativo aos incidentes em tribunais (Capítulo XN), vimos que a decretação de inconstitucionalidade submete-se à cláusula de reserva de plenário, devendo ser submetida a questão ao plenário ou órgão especial para que este analise, em abstrato, a incon<>titucionalidade. Decretada a inconstitucionalidade, os autos retomam à turma ou câmara para julgamento do caso, fundamentando-se na inconstitucionalidade já reconhecida pelo plenário ou órgão especial.

O recurso extraordinário cabe, não da decisão do plenário ou órgão especial que decretou, em abstrato, a i constitucionalidade do tratado ou da lei federal, mas da decisão final, da turma o câmara, que j ulgou o caso, com base na declaração de inconstitucionalidade.

Por ai se vê que o recurs extraordinário cabe no controle concreto ou difuso de constitucionalidade. E no controle abstrato feito no âmbito estadual? É cabível o recurso extraordinário fundado na letra "b"?

A resposta é positiva.

Com efeito, desponta firme o entendimento do STF no sentido de admitir o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão proferido por Tribunal local que, em ADI, reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual em face de norma da Constituição do Estado, desde que tal norma constitucional constitua mera repetição de dispositivo da Constituição Federal. A propósito, cwnpre transcrever o seguinte precedente:

127. Acórdão do Pleno do STF, ADI 2387, rei. Min. Marco Aurélio, rei. p/ acórdão Min. Ellen Gracic, j.

2 1 1212001, DJ 5112/2003, p. 1 8.

128. Acórdão da 2' Seção do STJ, Rfüp 1 . 1 5 1 .739/CE, rei. Min. Nancy Andrighi,j. 14/1 1/201 2, DJe 17/12120 12.

"EMENTA: - Reclamação. Competência. 2. Ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual em face de norma da Constituição do Estado, que constitui mera repetição de dispositivo da Constituição Federal. 3. Competência do Tribunal de Justiça do Estado e não do STF, para processar e j ulgar originariamente a ação, na hipótese referida, cabendo, entretanto, da decisão definitiva da Corte local, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal, de observância obrigatória pelo Estado-membro, contrariar o sentido e o alcance desta.

4. Precedentes do STF. 5. Indeferida cautelar pleiteada a reclamação, interpôs-se agravo regimental. 6. O agravo regimental não afastou os fundamentos do despacho agravado, examinando, entretanto, o mérito da controvérsia posta na ação. 7. Agravo regimental desprovido"129•

1 8.5. Cabimento com fundamento na letra "e" do inciso I I I do art. 102 da CF/88

Pelo permissivo da letra "c", cabe recurso extraordinário, quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Nesse caso, a decisão recorrida privilegiou a lei ou o ato locais em detrimento da própria Constituição Federal.

Na verdade, essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário pode e deve ser tratada conjuntamente com a hipótese seguinte, da letra "d". A diferença específica entre elas está no contraste que o órgão a quo tenha feito: se o ato ou a lei local prevalece sobre a norma constitucional, cabe o extraordinário pela letra "c". Diversamente, se a lei local atenta contra (rectius, invade competência de) lei federal, cabe recurso extraordinário pela letra "d", pois, neste último caso, a questão também é constitucional, exatamente por guardar pertinência com a competência legislativa concorrente de que trata o art. 24 da Constituição Federal .

Se o tribunal local julgou válida lei ou ato local contestado em face da Constituição Federal, restou por privilegiar a lei ou o ato local. Haverá, então, possível ofensa ao texto constitucional, cabendo, então, o recurso extraordinário.

Em situações assim, é comum que a parte interessada tenha alegado a

inconstitucionalidade da norma, e o tribunal não a tenha acolhido, julgando válida a lei ou o ato local. Nesses casos, não é necessário que se observe a cláusula de reserva de plenário, como veremos no capítulo relativo aos incidentes nos tribunais. A cláusula de reserva de plenário somente deve ser observada, quando 1 29. Acórdão unânime do Pleno do STF, AGRRCL n. 596/MA, rei. Min. Néri da Silveira, j. 30.05.96, DJ de 14.1 1 .96, p. 44487.



comentada.

se reconhece a inconstitucionalidade da norma, e não quando tal inconstitucionalidade é afastada.

1 8.6. Cabimento com fundamento na letra "d" do inciso I I I do art. 102 da CF/88

A redação anterior da letra "b" do inciso llI do art. 105 autorizava a interposição do recurso especial quando o acórdão do tribunal recotTido fizesse valer lei local em detrimento de lei federal. Essa hipótese de cabimento foi deslocada para o rol do inciso 111 do art. 102 da CF188, que cuida do recurso extraordinário. Agora são quatro as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

A mudança operada é correta13º.

De fato, não bá hierarquia entre lei local e lei federal. O conflito que porventura houver entre elas dirá respeito tão-somente à competência legislativa, que é determinada por normas constitucionais (a1ts. 22 e 24)13 1 • No bojo da discussão sobre a aplicação de lei local em detrimento de lei federal, há, sempre, a questão constitucional da competência legislativa.

Quando isso acontecia, sob a vigência do texto constitucional anterior a essa Emenda, o recorrente valia-se, quase sempre, de dois recursos, um para o STJ, com base na letra "b" do inciso III do a1t. 1 05, e outro para o STF, com base no art. 1 02, I II, "a". A alteração da regra constitucional deu racional idade ao sistema: se houver discussão sobre a aplicação de lei local ou lei federal, o caso é de interposição de recurso extraordinário parn o STF, que resolverá a dúvida em tomo das regras constitucionais de competência legislativa.

Bastante razoáveis as ponderações de André Ramos Tavares: "seguindo a mesma lógica que norteou a introdução dessa nova hipótese de recLu·so extraordinário, poderia ter sido contemplada também a hipótese de decisão que julga válida lei

federal contestada em face de lei local, pois também nesses casos poderá ter havido equívoco da decisão, sendo igualmente um problema constitucional de divisão de 1 30. Em sen1ido diverso, considerando ter havido uma expansão da competência do STF, avançando sobre área que deveria ficar reservada ao STJ. sem. contudo, atentar para os aspectos examinados no texto, AGRA, Walber de Moura. Co111e111ários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1 1 6-1 l 7.

1 3 1 . Percebeu o fenômeno José Afonso da 5ilva: "A questão suscitada no art. 1 05, li I, "b", não se limita a proteger a incolumidade da lei federal. Também o é, talvez principalmente o seja. Contudo, na base dela está uma questão constitucional, já que se tem que decidir a respeito da competência constitucional para legislar sobre a matéria da lei ou ato de goven o local (. . .) Significa isso que a questão é suscetivel de apreciação pelo STF. mediante recurso extraordinário". (Direito constifllcional positivo. São Paulo. Malheiros Ed., 2000, p. 562). Também assim, TAVARES, André Ramos. '·A repercussão geral no recurso extraordinário".

Reforma do Judiciário - analisada e

André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús

Lora Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 210.

competências. (. . .) A forma como está redigida a nova hipótese não se coaduna, portanto, com o modelo federativo brasileiro, que não deve dar tratamento privilegiado a nenhuma das entidades federativas (ou suas leis)"132•

1 8. 7. Recurso extraordinário contra j ulgamento que contraria tratado internacional sobre direitos fundamentais O tratado é incorporado ao direito interno mediante procedimento de ratificação, ultimado com a edição de decreto. A alínea "a" do inciso Ul do art. 1 05 da CF/88 dispõe caber recurso especial de

acórdão que contrariar ou negar vigência a tratado.

Sucede, porém, que, versando o tratado internacional sobre direitos humanos, poderá ser ele i ncorporado ao direito interno como norma de estah1ra constitucional (emenda constitucional), se aprovado em dois t11rnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 3º do aii. 5º da CF/88, i ntroduzido pela EC n. 45/2004). Assim, a violação a esse tipo de tratado implicará violação a texto constitucional, dando ensejo ao recurso extraordinário, não ao especiaJl33. Trata-se de mais uma repercussão da EC n. 45 no sistema de cabimento dos recursos extraordinários.

Antes da edição da EC n. 45, alguns autores defendiam que os tratados internacionais que tratassem de direitos humanos já teriam status constitucional, por força do § 2º do art. 5º da CF/88. A EC n. 45 confere-lhes a natureza de norma constitucional, apenas se respeitado o iler especial de aprovação previsto no § 3º

do art. 5º. Sobre a controvérsia, que escapa dos limites desta obra, é interessante lembrar, à guisa de arremate, a lição de Flávia Piovesan:

"Desde logo, há que afastar o entendimento de que, em face do § 3° do art. 5°, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qual ificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5°, § 2°, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos d i reitos há que i mperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de 132. "A repercussão geral ao recurso extraordinário". Reforma do Judiciário - analisada e comemada, cit., p. 2 1 1 .

133. TAVARES, André Ramos. "A repercussão geral no recurso extraordinário". Reforma do Judiciário -

analisada e comentada. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jcsús Lora Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 2 1 2.



direitos humaoosjá ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação"'3'.

1 8.8. A repercussão geral

A EC n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 1 02 da CF/88, inovando em matéria de cabimento do recurso extraordinário. Prescreve o dispositivo o ônus do

recorrente de demonstrar "a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso", a fim de que o "t:Iibunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros". Embora seja da competência das turmas do STF o julgamento do recurso extraordinário, a análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo P leno, a quem devem ser remetidos os autos135•

O recorrente, além de ter de fundamentar o seu recurso em uma das hipóteses do art. 102, III, da CF/88, terá, também, de demonstrar o preenchimento desse novo requisito136. A Lei Federal n. 1 1 .418/2006 confirmou o entendimento de que se trata de ônus do recorrente a demonstração da existência de repercussão geral (art. 543-A, § 2°, CPC: "O recorrente deverá demonstrar, em prel iminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral")137. O quorum qualificado é para considerar que a questão não tem repercussão geral. "É razoável afirmar, assim, que existe uma presunção em favor da existência de repercussão geral".138 Se for i nterposto o recurso extraordinário e este contiver um item ou tópico em que se demonstre (se afirme) a repercussão geral, passa, então, a haver uma presunção: presume-se

134. "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos". Reforma do Judiciário - analisada e comentada. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 72.

135. É ônus do recorrente demonstrar a repercussão geral, em tópico específico de suas razões recursais, sob pena de não ser admitido o extraordinário. Nesse sentido: RAMOS, André Luiz Santa Cmz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário (arl. 1 02, § 3°, da CF/88). Revista Dialética de Direito Processual. 32:9-20. São Paulo: Dialética, novembro-2005, pp. 15-17.

1 36. Consideram inconstitucional essa regra, por violar o princípio da indisponibilidade dos recursos, "ceifando" exercício de direito fundamental, CUNHA Jr., Dirley, RÁ TIS, Carlos. EC 4512004 - Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Salvador: Edições JusPODíVM, 2005, p. 44.

1 37. Ao julgar uma questão de ordem no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 663.637, o STF entendeu ser necessária, sempre, a existência de preliminar de repercussão geral no recurso extraordinário, mesmo que o próprio STF já tenha, na análise de outro recurso, reconhecido a presença de repercussão geral da matéria. Parece-nos exagerada a exigência, mas o STF entende, como se

vê, ser necessária, sempre, a presença da preliminar no recurso extrnordinário, sob pena de ser inadmitido.

138. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134.

No mesmo sentido, BERMUDES, Slrgio. A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 57.

que há repercussão geral, somente cabendo ao plenário do STF (por 2/3 de seus membros) deixar de conhecer do recurso extraordinário por falta de repercussão geral. Em outras palavras, somente o STF poderá dizer que não há repercussão geral, não podendo o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local fazer essa análise. É da apreciação exclusiva do STF dizer que não há repercussão geral.

Isso não há dúvida. Para isso, deve o recorrente, em suas razões, incluir um item ou tópico tratando da repercussão geral. Se, nas razões do recurso, não houver demonstração de repercussão geral, não cabe o recurso, podendo não ser admitido, inclusive, pelo Presidente ou Vice do tribunal local. Este último não estará dizendo que não há repercussão geral; estará, apenas, observando o descumprimento de um requisito de admissibilidade relacionado à regularidade formal. Desta forma, é possível que a turma do STF conheça do recurso, por reputar geral a questão discutida, sem necessidade de remeter os autos ao plenário, desde que haja no mínimo quatro votos a favor da repercussão geral (art. 543-A, § 4º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .418/2006; se são onze ministros, e oito é o mínimo de votos para negar a existência de repercussão geral, é razoável dispensar a remessa ao plenário se quatro m i nistros já admitem o recurso extraordinário); não lhe é permitido, porém, considerar que o recurso, por esse motivo, é inadmissível.

Calmon de Passos, escrevendo à época da arguição de relevância, obtemperava:

"A lei, por natureza e por definição, é norma geral e abstrata. Ela alcança, necessariamente, a muitos e sua aplicação jamais pode configurar ofensa ou ameaça de ofensa a um só ou a poucos, salvo situações excepcionais e aberrantes. A inexata aplicação da lei que se faz coisa julgada material e passa a constituir precedente influi muito mais do que se pode imaginar, pela força da inércia que o precedente traz em si mesmo, força esta que a cada dia que passa, com a precariedade da formação dos novos sabedores do Direito, mais poderosa se torna e mais ameaçadora. Na verdade, perquirir-se da relevância da questão para admitir-se o recurso é consequência da irrelevância do indivíduo aos olhos do poder instituído. Considerar-se de pouca valia a lesão que se haja ilegitimamente infligida à honra, à vida, à liberdade ou ao patrimônio de alguém, ou a outros bens que lhe sejam necessários ou essenciais é desqualificar-se a pessoa humana.

Não há injustiça irrelevante! Salvo quando o sentimento de Justiça deixou de ser exigência fundamental na sociedade política. E quando isso ocorre, foi o Direito mesmo que deixou de ser importante para os homens. Ou quando nada para alguns homens - os poderosos"139.

A correta exegese do dispositivo impõe que se façam algumas observações.

139. PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Da arguição de relevância no recurso extraordinário". Revista Forense

- edição comemorativa dos 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I, p. 593-594.



a) O texto constitucional prescreve que o conteúdo normativo do que seja "repercussão geral" deve ser delimitado por lei federal. A Lei Federal n.

1 L .4 1 8/2006 tratou de fazê-lo, esclarecendo que a exigência já se aplica aos recursos interpostos a partir da data de início de sua vigência (art. 4°). O STF, porém, decidiu que esse requisito somente poderia ser exigido após o início da vigência da sua regulamentacão pelo Regimento Interno do STF, cuja alteração foi publicada no dia 03.05.2007140• Trata-se, então, de conceito aberto, a ser

preenchido por norma infraconstitucional, que se valeu de outros conceitos jurídicos indeterminados, para que se confira maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer o Supremo Tribunal Federal141•

O § 1 ° do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. l l .4 1 8/2006, prescreve que "será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". Como se trata de conceitos j urídicos indeterminados, o preenchimento ela h ipótese de incidência nã.o prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam MAR INON l e ARENH A RT, não é possível estabelecer uma noção a priori, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto142•

Há, porém, hipótese de presunção absoluta de repercussã.o geral: sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3°, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 8/2006).

A presunção é plenamente justificável, pois reforça a força vinculativa das decisões do STF, não somente daquelas incluídas em enunciado de súmula vinculante (já protegidas de maneira enérgica pela permissão de utilização da reclamação constitucional - ver o capítulo sobre a reclamação, mais à frente), mas também dos enunciados ele súmula não-vinculante ("súmula simples") e à j urisprudência dominante não-sumulada.

Diversamente, se a decisão recorrida estiver de acordo com a jurisprudência ou a súmula do STF, não significa que falte ao recurso extraordinário repercussão 140. Foi o que decidiu o STF. cm queMão de ordem no AI 664.567, rei. Min. Sepúlveda Pcrtence,j. 1 8.6.2007

- cf. Informativo STF 472.

1 4 1 . MAR.INO 1, Luiz Guilhem1e, e <\RENHART, Sérgio Cruz. Ma1111al do processo de conhecimenro. 4 ed.

São Paulo: RT, 2005, p. 558.

142. MARINO 1, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do

processo de conhecimenlo. cit., p. 558.

358

geral. Estando a decisão de que se recorre em conflito com a jurisprudência do STF, há, como visto, presunção absoluta de repercussão geral. Se, ao contrário, a decisão recorrida estiver de acordo com o entendimento da Suprema Corte, não quer isto dizer que haja presunção de falta de repercussão geral.143 Neste último

caso, deve o recorrente demonstrar a existência de repercussão geral, provocando a mani festação do STF, o qual poderá, até mesmo, modificar seu entendimento, seja porque o contexto do momento impõe a mudança da orientação anteriormente firmada (o que caracteriza o chamado overruling), seja porque o caso contém peculiaridade que exige o afastamento ou a não aplica

ção do entendimento já assentado (caracterizando o chamado distinguishing).

É relevante fazer essa observação, pondo em destaque esta última hipótese. A circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF

não afasta, necessariamente, a existência de repercussão geral, o que evita o temido "engessamento" da jurisprudência e contribui para a constante revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, sobretudo porque o STF adota a chamada interpretação concreta do texto constitucional a que aludem autores do porte de Friedrich Muller e Konrad Hesse, de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento.

b) Não se confunde essa nova regra com a antiga "arguição de relevância"144, que existia ao tempo da CF/1969145. Na arguição de relevância, a decisão do STF

143. EMENTA: fNTERPRETA('ÃO DO ART. 543-A, § 3°, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART.

323, § 1°, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora.

2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.40 1, 565.41 1 , 565.549, 565.822, 566.519, 570.772 e 576.220."

(Acórdiio na Repercussão Geral no RE 563.965/RN, rei. Min. Carmen Lúcia, j. 20/3/2008, DJe 070) 144. § 1 º do art. 327 do Regimen10 l n temo do STF: .. Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e

considerados os aspecLOs morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo tribunal". Assim, STRECK, Lenio Luiz. Comenlários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1 4 1 .

145. No entendimento de Ivo Dantas, a arguição de relevâncio pode ser vista como precedenle remofo d a repercusscio geral, podendo-se ainda apontar um precedeme próximo na Medida Provisória n. 2.226, de 4 de setembro de 200 1 , pela qual se inseriu na CLT o artigo 896-A, nos seguintes termos: "O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relaçiio aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica". [Da repercussão geral como pressuposto especíiico e como filtro ou barreira ele qualificação do recurso extraordinário. Questões atuais sobre os meios de impugnaçcio contra decisões judiciais. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.).

Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 88).



não precisava de motivação14" e ainda era tomada sob sigilo147• A decisão sobre a repercussão geral precisa ser motivada (art. 93, IX148, CF/88), será pública (não há mais julgamento feito pelo Poder Judiciário a portas fechadas, mesmo as adm inistrativas, art. 93, I X e X 149, CF/88) e ainda se exige quorum qualificado para a deliberação150• A deci:-.ão sobre a existência ou não de repercussão geral é irrecorrível (caput do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n.

1 1.418/2006).

c) Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja "repercussão geral": i) questões constitucionais

sirvam de fundamento a demandas múltiplas,

como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias151, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica152• Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal "repercussão geral" que se exige para o cabimento do recurso extraordinário153; i i) questões que, em razão da

sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso da constitucionalida e, como aquelas que dizem respeito à correta in-1 46. Circunstância que implicava a inc institucionalidade do julgamenlo do STF proferido naquele incidente (por todos, PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Da arguição de relevância no recurso extraordinário'", cit., p. 600-607).

147. "A justificativa para que a decisão acerca da arguição de relevância fosse proferida em sessão secreta e não fosse fundamentada era a de que não se tratava de ato jurisdicional, mas de alo de natureza legislativa, já que com isso, os Ministros, que estabeleciam as hipóteses de cabimeato do recurso extraordinário no regimento interno do STF, estariam pura e simplesmente 'acrescentando' como que 'mais um inciso' ao art. 325, em cujo caput se previa < s casos em que cabia o recurso extraordinário". (MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à nova sistemática processual civil. 3 ed.

Paulo: RT, 2005, p. 1 04).

148. "Todos os julgamentos cios órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a ki limitar a presença, em determinados atos. às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique à infonnação".

149. "As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria da absoluta de seus membros".

150. "O relator isoladamente ou mesmo a Turma não poderão negar conhecimento ao recurso por esse fundamento. Quando lhes parecer faltar ;1 relevância geral, terão de remeter a questão ao Plenário". (MEDINA, José Miguel Garcia, WAM BI ER, 1 eresa Arruda Alvim, WAMB 1 ER, Luiz Rodrigues. Breves come111ários à nova sis1emá1ica processual civi . 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 97).

1 5 1 . Assim, também, BAR IONI, Rodrigo. '"O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral". Reforma do Judiciário. Te1esa Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, William Santos Ferreira, Luiz Manoel Gomes Jr. e Octávio Camnos Fischer (org.). São Paulo: RT, 2005, p. 722.

152. Em sentido semelhaale, TAVARES, André Ramos. "A repercussão geral no recurso extraordinário". cit., p. 2 15.

153. TAVARES, André Ramos. "A repercussão geral no recurso extraordinário", cit., p. 2 1 6; STRECK. Lenio Luiz. Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140.

terpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem u m conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica dimensão objetiva

-

dos direitos fundamentais.

d) José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar a antiga arguição de relevância (2 ed. dos Comentários ao Código de Processo Civil, Forense), apontava as seguintes situações que configurariam relevância154: i) decisão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, em grande quantidade de casos; i i) decisão capaz de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do Direito, ou particularmente significativa para seu desenvolvimento; iii) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública; iv) decisão que possa ter como consequência a i ntervenção do legislador no sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprir lacunas; v) decisão que seja capaz de exercer i nfluência capital sobre as relações com os estados estrangeiros ou com outros sujeitos do Direito Internacional Público.

e) Medina, Wambier e Wambier propõem a seguinte sistematização dos critérios para a aferição da repercussão geraJl55: i) repercussão geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, "de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente"; i i) repercussão geral política: quando "de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais"; i i i) repercussão geral social: quando se discutissem problemas relacionados "à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do M P para a propositura de certas ações"; iv) repercussão geral econômica: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços púhl icos essenciais156.

f) Em razão da tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento do controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis (abaixo examinada), é correta a observação de que o pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a u m novo exame do

154. De acordo com a sistematização feita por Calmon de Passos ("Da arguição de relevância no recurso extraordinário", cit., p. 591 -592).

155. Em sentido semelhante, GOMES JR., Luiz Manoel. "A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário". Revista de Processo. Silo Paulo: RT, 2005, n. 1 1. 9, p. 1 0 1 - 1 02; STRECK, Lcnio Luiz. Comentários à refomw do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140-141.

156. MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à nova sistemática processual civil. cit., p. 103-104.



Plenário, em recurso extraorJinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada157, haja ou não enunciado sumulado a respeito. Aplica-se por extensão o disposto no parágrafo único do art. 481 do CPC. A Lei Federal n. 1 1 .418, 2006 ratificou esse entendimento, conforme se vê da redação do § 5° do art. 543-A do CPC: "Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica,

que serão indeferidos l i minarmente, sa vo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunc.l Federal. Nesses casos, e apenas nesses (pois a competência para decidir sobre a repercussão geral é do Plenário do STF), admitir-se-á o juízo de inadmissibilidade do recurso extraordinário, pela ausência de repercussão geral, por decisão do Presidente do tribunal a quo, ou por decisão de relator (art. 557 do CPC) ou por acórdão de Turma do STF. Também será dispensada nova manifestação do Plenário se o tema já foi decidido em ação de controle concentrado de constitucionalidade158.

O art. 323 do Regimento nterno do STF passou a dispor que o Presidente do STF atue como relator do recursos extraordinários durante o processo de reconhecimento da repercus-;ão geral. Vale dizer que, escolhido um recurso para julgamento por amostragem, enquanto não reconhecida a repercussão geral, todos os demais que tratem do mesmo tema haverão de ser distribuídos ao Presidente.

Vindo a ser reconhecida a repercussão geral, os recursos, que estavam na presidência, serão distribuídos, por sorteio, aos seus respectivos relatores. Por seu turno, o art. 325 do Regimento Interno do STF passou a dispor que o relator do recurso paradigma possa reunir outros recursos que tratem do mesmo tema, a fim de avaliar o maior número possível de argumentos, firmando a melhor ratio decidendi para a hipótese posta a julgamento.

g) A Lei Federal n. l l .4 l 8/2006 instituiu um incidente de análise da repercussão geral por amostragem, semelhante ao que já existia para o julgamento do recurso extraordinário prov('niente do Juizado Especial Federal (art. 32 1 § 5°,

,

R ISTF, revogado pela Emenda Regimental n. 2 1 /2007)".

Quando houver multipl icidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da ·epercussâo geral será processada nos termos do Regimento I nterno do Suprl!mo Tribunal Federal, observado o disposto no art.

543-B, CPC. Caberá ao Tnbunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, 1 57. MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBlER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves co111emários à novo sis1e111á1ico /

rocessual civil, cit., p. 105.

1 58. TAVARES, André Ramos. "A r< percussão geral no recurso cxlraordinãrio". Reforma do Judiciário analisada e co111e111ado, cil., p. 2 6; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. "Da necessidade de demonstração da repercussão geral das queslõc> constitucionais discllidas no recurso extraordinário (ar\. 1 02, § 3º. da CF/88)". Revis/a Dialética de D1rei10 Processual. São Paulo: Dialé1ica, 2005, n. 32, p. 1 7.



sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ I º do art.

543-B, CPC).

Enquanto não resolvida a existência da repercussão geral no recurso selecionado para exame do STF, os demais haverão de ficar sobrestados na origem. Caso encamin hados ao STF, este deverá determinar seu retorno para que fiquem no tribunal local, a aguardar o desfecho daquele exame. No julgamento do RE

576. 155/DF, rei. M in. Ricardo Levandowski, o STF entendeu que, no tocante aos recursos interpostos antes do advento da legislação que inseriu a repercussão geral e sua análise por amostragem, estes devem ficar sobrestados na secretaria do próprio Supremo Tribunal.

O art. 543-B do CPC relaciona-se com a verificação da existência, pelo STF, da repercussão geral, significando dizer que a regra contida em tal dispositivo pressupõe tenha o recurso extraordinário sido, antes. admilido (ou que tenha condições de ser admitido). Se o recurso extraordinário é inadmissível, não se aplica o art. 543-B do CPC, devendo já ter seu seguimento negado pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local. Consequentemente, o art. 543-B

não se aplica ao agravo previsto no art. 544 do CPC. Não deve o Presidente ou Vice-Presidente sobrestar ou negar seguimento ao agravo, sob pena de usurpar competência do STF, que poderá ser assegurada em reclamação constitucional (Súmula do STF, n. 727). A inadmissibi l idade de vários recursos extraordinários que versem sobre a mesma matéria mio se opera, certamente, por falta de repercussão geral, até porque nào cabe ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local decidir sobre isso. Quando se aplica o art. 543-B do CPC, está-se a aguardar a definição do STF quanto à existência ou não de repercussào geral, vi ndo a decisão a ser tomada a atingir todos os recursos extraordinários que ficaram sobrestados. Tsso não deve ser aplicado aos agravos interpostos contra decisões que inadmitirarn recursos extraordinários, ainda que todos tratem do mesmo assunto, pois tais agravos, certamente, não guardarão pertinência com a (in)existência de repercussão geral. O art. 543-B constitui uma técnica para demandas de massa, relacionando-se a casos cuja argumentação seja a mesma.

Nessa hipótese, vários recursos são sobrestados, encaminhando-se ao STF um ou alguns para que lá se defina se haverá ou não, em tais recursos extraord inários,

repercussão geral (não é demais insistir na afirmação de que tal análise é privativa do STF; daí o sobrestamento dos outros recursos extraordinários, até que o STF

decida sobre a existência ou não da repercussão geral). A inadmissibilidade dos recursos extraordinários constitui, em tese, questão singular, e não de massa: um foi intempestivo; outro tratava ele matéria de fato; outro, deserto; outro não tinha prequestionameoto etc. Em nenhum deles, lerá, certamente, havido decisão afirmando a ausência de repercussão geral, pois não é da competência do tribunal local fazer essa análise. Daí que o art. 543-B do CPC não se aplica aos agravos, mas apenas aos recursos extraordinários.

É preciso, contudo, observar um detalhe.

Em alguns tribunais, o Presidente ou Vice-Presidente nega seguimento ao recurso extraordi nário, ao argumento de que não houve a violação ao dispositivo constilllcional indicado nas razões recursais. Nesses casos, o agravo consiste, basicamente, na reprodução das razões do recurso extraordinário. Não parece



adequado que o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local possa fazer essa análise. Alegada a violação t1 norma constitucional, e estando presentes os demais requisitos extrínsecos e intrínsecos, deve admitir o recurso, não incursionando sobre a efetiva violação ou ão ao texto constitucional. Há, contudo, quem faça essa análise e, assim, negue seguimento ao recurso extraordinário, ao argumento de que não houve a violação à apontada norma constitucional. O agravo repete, nesse caso, o recurso extraordinário, ficando, então, abrangido pela discussão, no STF, acerca da (in)exist�ncia da repercussão geral. Cabe, então, verificar se há, nos agravos, tal discuss3o quanto ao mérito da controvérsia, exatamente por terem os recursos

sido inadmitidos por falta de violação à apontada norma constitucional. Se houver, cumpre sobrestar não somente os recursos extraordinários, mas tambum os agravos que tratam do assunto. Se não houver, os agravos devem ser enca:ninhados ao STF para julgamento.

O art. 543-B prevê, assim, um caso de conexão por afinidade entre os recursos extraordinários em causas repetitivas. Sucede que, em vez de a conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamento simultâneos, outros são os seus efeitos jurídicos: escolha de alguns "recursos-modelo"

e sobrestamento dos demais processos para o julgamento por amostragem. De fato, não seria razoável que l conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos recessos em um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação (cf. v. 1 deste Curso), que i 1põe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa.

Selecionado um ou mais carns para análise pelo STF, os demais, corno visto, ficam sobrestados na origem, aguardando a solução que a Corte Suprema der quanto aos recursos para lá encaminb1dos. E se o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem determinar o sobrestamento de recurso que não se identifique com aquele(s) que foi(ram) sekcionado(s) e encaminhado(s) ao STF?

Qual medida a ser adotada? Nesse caso, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local está deixando de determinar o ;eguimento do recurso ou omitindo-se na sua remessa ao tribunal superior, o quL acarreta, em última análise, uma usurpação de competência do STF, a perm itir o ajuizamento de uma reclamação constitucional. Tal corno demonstrado no Capítulo relativo à Reclamação Constitucional, esta cabe também quando a se veritica urna simples demora ou uma omissão na remessa de um recurso, a caracterizar, com isso, uma usurpação de competência. O

Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, na hipótese ora aventada, determina o sobrestamento de um recurso que não tem qualquer semelhança com o que está no STF para se examinada a repercussão geral. Nesse caso, ao determinar o sobrestamento, o Presidente do Tribunal de origem restou por impedir o encaminhamento do caso para o STF. Cabível, então, a reclamação constitucional.

Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (que, em tema de recursos, costuma ser aplicado sob a rubrica do princípio da fungibilidade), é razoável admitir o agravo (CPC, art. 544) ou, até mesmo, a medida cautelar, da mesma forma que sucede com a retenção ordenada i ndevidamente (CPC, art.

Federal

1.

542, § 3°). Tudo isso também se aplica, mutatis mutandis, no caso de "escolha" dos recursos especiais em causas repetitivas (CPC, art. 543-C, § 1°).

Segundo entende o STF, não cabe agravo (CPC, art. 544) da decisão que

determinar o sobrestamento do recurso enquanto não se julgar o recurso selecionado, nem reclamaçã.o constitucional, sendo admissível, apenas, agravo i nterno para o próprio tribunal local. Eis, a propósito, o teor da ementa do seguinte precedente:

"RECLAMAÇÃO. SUPOSTA A PLICAÇÃO INDEVIDA PELAPRESlDÊNClA DO TRl BUNAL DE ORIGEM DO INSTrTUTO DA REPERCUSSÃO GERAL.

DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDE

RAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDlNÁRIO 576.336-RG/

RO. A LEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRI

BUNAL FEDERAL E DE A FRONTA À SÚMULA STF 727. 1 NO COR RÊNCI A.

1. Se não bouve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727.

2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2. 177-MC

-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4° do art. 543-B

do Código de Processo Civil.

3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal.

4. Inteligência dos arts. 543-8 do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal

5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.

6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco.

7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida.

8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno.

9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação."159

Nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça não ser cabível o agravo previsto no art. 544 do CPC contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente 159. STF, Pleno, Rei n. 7569, rei. Min. Ellen Gracic, j. cm 19.11 .2009, publicado no DJc em 1 1 .1 2.2009. No mesmo sentido, acórdão, por maioria de votos, da Corte Especial do STJ, na QO no AG 1 . 1 54.599/SP, rei.

M in. Cesar Asfor Rocha, j. 16.2.201 1 .



do tribunal de origem que determina o sobrestamento do recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC.16º

Significa que não se tem ad n itido, contra a decisão que determina o sobrestamento do recurso extraordinário ou especial enquanto não se julga o recurso representativo da controvér:-ia, o agravo previsto no art. 544 do CPC. O que o STF aceita, como visto, é o 1gravo interno para o próprio tribunal local.

Tal entendimento revela-se preocupante. Imagine-se que determinado recurso especial ou extraordinário foi sobrestado indevidamente, por não guardar pertinência com o caso escolhido para julgamento por amostragem ou por versar sobre matéria diversa. O que deve :i parte fazer? Segundo a orientação ministrada pelo STF, deve interpor agravo i1 terno. E se tal agravo não for provido? O que fazer?

A demonstração de que há um dis1i11g11islzi11g ou um overruling deve ser feita perante o tribunal superior, .: não perante o tribunal local. Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não versar sobre o mesmo assunto do rtcurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso eseolhid\ para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrc-stado pelo tribunal de origem.

A mais importante inovaçilo está no § 2° deste art. 543-B: "Negada a existência de repercussão geral, os reem sos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não adm itidos". O STF julga ·á um, ou alguns, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) a mesma questão de direito a(s) decisão(ões) recorrida(s) tem(êm) a

-

mesma ratio decidendi (ver o capítulo sobre teoria da decisão no v. 2 deste Curso).

Se negar a existência de repe1 cussâo geral, todos os demais, que não subiram ao STF, reputam-se não-conhec1dos. Eis o julgamento por amostragem.

Em razão disso, é indisp nsável o aprimoramento da i ntervenção do amicus curiae no procedimento de análise da repercussão geral, de modo a que todos os interessados na solução desta questão possam manifestar-se. É esse o sentido do

§ 6º do art. 543-A do CPC: "O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação ele terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do S premo Tribunal Federal". Esse dispositivo segue a 1 60. "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO 1

CO TRA DECISÃO QUE

DETERM INOU O SOBRESTAM ENTO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS

TERMOS DO J\ RT. 543-C, § 1 º, 1 >O CPC' -NÃO CABIMENTO. 1 . A decisão do presidente do Tribunal a quo que de1emüna o sobrestame'llO do

recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC, não tem cunho decisório. 2. Agravo de instn1memo não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realiza lo. Agravo rcgimemal improvido." (STJ, 2" T., AgRg no Ag 1 .223.072/

SP, Rei. Min. Humbe110 Martins, . em 09.03.20 10. publicado no DJe de 1 8.03.20 10).

366

linha do antigo inciso III do § 5° do art. 321 do R ISTF, que também permitia a intervenção do amicus curiae no julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de "objetivação" do controle difuso de constitucionalidade das leis, que será examinado no item seguinte.

A permissão de manifestação dos interessados é indispensável para a efetivação das garantias constitucionais processuais do devido processo legal e do contraditório.

Há ainda uma outra novidade.

Reconhecida a existência da repercussão geral, e "julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recmsais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se" (art. 543-B, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .41 8/2006).

Note que foi conferido ao recurso extraordinário um efeito regressivo, mas com perfil dogmático um pouco diferente daquele usualmente utilizado na apelação (art. 296 do CPC, por exemplo) ou no agravo de instrumento, que permitem o juízo de retratação logo após a interposição do recurso. Seguiu-se, mais uma vez, o precedente normativo do Regimento Interno do STF, antigo inciso V I I do

§ 5° do art. 32 1 , que cuidava do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

Permite-se o juízo de retratação do órgão a quo, nesses casos, após a decisão do STF sobre a questão de direito que corresponde à rati.o decidendi da decisão recorrida, no julgamento do recurso que subiu como amostra. A permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal reco1Tido, foi tomada em abstrato, de modo a resolver o

problema em tese, conforme visto.

Se não houver retratação, admitido o recurso extraordinário cujo processamento ficara sobrestado, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação fumada (art. 543-B, § 4º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 8/2006).

Não obstante a previsão legal, a praxe tem relevado, na hipótese de provimento do recurso especial julgado por amostragem, os tribunais de segunda instância estão 367



mantendo seus acórdãos, não exercendo a .retratação para seguir a orientação do STJ, o que tem tomado inefetiva e ineficaz a técnica de julgamento de recursos repetitivos.

Com efeito, sem demonstrar qualquer diferença entre o caso concreto e a hipótese apreciada pelo STJ, os tribunais têm mantido seus acórdãos, acarretando a remessa de uma grande quantidade dL' recursos especiais para o STJ. Em outras palavras, sem realizar qualquer distinguishing ou overruling, os tribunais locais simplesmente mantêm seus acórdãos, em total desconsideração ao julgado proferido pelo STJ no recurso julgado por amostrag em.

Tal situação acarretou a reaçf,o do Superior Tribunal de Justiça.

Em Questão de Ordem no[illegible] Recursos Especiais l . 1 48.726/RS, l . 1 46.696/RS, 1 . 1 53.937/RS, l .1 54.288/RS, 1 . 1 55.480 e 1 . 1 58.872/RS, rei. Min. Aldir Passarinho Junior, a Corte Especial do STJ determinou o retorno dos autos aos tribunais de origem para que, considerando a ratio decidendi do recurso representativo da controvérsia, reconsiderem seus acórdãos ou, caso resolvam mantê-los, enfrentem a questão, demonstrando a razão pela qual aquela ratio c/ecindendi não se aplica ao caso concreto, mediante as técnicas do disting11ishing ou do overr11ling. Não se deve admitir, segundo entendeu o STJ, que o tribunal de origem simplesmente proceda a uma confirmação automática

de uma tese já rejeitada pela Corte Superior em recurso especial julgado pela técnica do a11. 543-C do CPC, sendo necessária uma nova apreciação fundamentada da matéria, até mesmo em razão do disposto no art. 93, IX

da Constituição Federal, que exige sejam fundamentadas todas as decisões judiciais.

Parece-nos correta a orientJção firmada pelo STJ. Não se pode, simplesmente, ignorar o julgamento feito num recurso especial representativo da controvérsia e, sem qualquer fundamentação, manter e confirmar os acórdãos proferidos com conclusão contrária.

h) O Regimento Interno do STF foi modificado para regulamentar o procedimento para aferição da repercussão geral. Tal modificação operou-se pela Emenda Regimental n. 2 1 , de 30 de abril de 2007 (DOU de 3 de maio de 2007). Antes do início de vigência dessa regubnentação regimental, não se podia exigir o requisito da repercussão geral, conforr11e visto.

A alteração regimental cuidou de reproduzir normas já constantes da legislação de regência e de atribu r explicitamente ao Presidente do STF e ao relator do recurso extraordinário pnderes que já se extraíam das regras gerais sobre processamento de recursos.

O que sobressai é a forma, agora prevista no Regimento Interno do STF, para que o Plenário afira a existência da repercussão geral.

Pretendeu-se eliminar entraves que ocorreriam na rotina do tribunal com a necessidade de remeter-se ao Plenário todo recurso extraordinário em que se suspeitasse da ausência de ·epercussão geral. A criação da repercussão geral, antes de sua regulamentação, gerou certa perplexidade: criou-se um mecanismo de fi ltragem, limitando a admissibilidade de recursos extraordinários, com vistas

a racionalizar a atividade da Corte Suprema. Por outro lado, exigiu-se que tal mecanismo fosse exercido pelo Plenário, impondo duplicidade de pautas e excesso de casos erigidos ao crivo do Pleno.

A repercussão geral sofria, então, o risco de conspirar contra sua finalidade de fi ltrar e racionalizar julgamentos no STF, implicando um inesperado transtorno procedimental.

Para evitar isso, o Regimento I nterno do STF passou a contar com regras que permitem a deliberação colegiada por meio eletrônico.

Cabe ao relator - nos termos do art. 323 do Regimento I nterno do STF -

examinar os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário. À falta de algum requisito de admissibi 1 idade (preparo, tempestividade, prequestionamento etc.), cumpre-lhe negar seguimento ao recurso. Estando, porém, presentes todos os requisitos de admissibilidade - e não sendo um recurso idêntico a outro cuja repercussão geral já tenha sido examinada antes, h ipótese em que o relator pode aplicar o precedente (CPC, art. 543-B, § 3º; Rl STF, arts. 323, § 1°, e 327, § 1 °), nem de recurso que se fundamente em súmula ou jurisprudência dominante do próprio STF (CPC, art. 543-A, § 3º), hipótese em que há presunção absoluta de existência da repercussão geral, como visto - caberá ao relator manifestar

-se sobre a existência ou não da repercussão geral, submetendo a questão aos demais ministros por meio eletrônico, que terão o prazo de 20 (vinte) dias para pronunciar-se.

Se, nesse prazo de 20 (vinte) dias, não chegar ao relator o número suficiente de manifestações para a rejeição da repercussão geral (sete mani festações que, somadas à do relator, perfazem um total de oito), estará cumprido o requisito, confirmando-se a existência de repercussão geral. Diversamente, se, nesse prazo, chegar ao relator o número suficiente de manifestações contrárias ao requisito, o recurso não será admitido por falta de repercussão geral.

Dessa sistemática de julgamento eletrônico extraem-se as seguintes conclusões.

A falta de manifestações suficientes no prazo de vinte dias acarreta um julgamento tácito ou implícito. A interpretação construída em torno do art.

93, IX da Constituição Federal abomina e impede a existência de julgamentos tácitos ou implícitos, por contrariar a exigência de fundamentação nas decisões judiciais. Não há, contudo, inconstitucionalidade nesse procedimento eletrônico previsto no Regimento Interno do STF. É que, como já visto, alegada pelo recorrente, em item ou tópico específico de seu recurso extraordinário, a 369



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNlIA

existência de repercussão gen.l é presumida, somente deixando de existir em caso de manifestação de pelo menos oito ministros do STF. A manifestação tácita confirma a presunção já existente, não ofendendo a exigência constitucional de fundamentação explícita.

Estabeleceu-se um prazo juJicial preclusivo. Sabe-se que os prazos para juízes e tribunais costumam ser considerados como impróprios, não gerando preclusão, nem qualquer consequência. esse caso, há um prazo preclusivo: passados os vinte dias sem manifestação, entende-se que o ministro admitiu a existência de repercussão geral, não podendo mais pronunciar-se por sua inexistência.

Esse regramento sofreu uwa alteração em 2009. A Emenda Regimental n. 3 1

acrescentou o § 2° ao art. 324 do Regimento Interno. A partir de então, se o relator do recurso extraordinário entender que a questão discutida é infraconstitucional, a ausência de manifestação dos emais ministros será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do a1t. 543-A,

§ 5º, do Código de Processo Civil. Ou seja: se o relator entender que a questão discutida é constitucional e manifestar-se sobre a repercussão geral, o silêncio dos demais ministros significa que há repercussão geral; se o relator entender que o recurso extraordinário não de\ e ser conhecido, porque a matéria é infraconstitucional, o silêncio dos demais 1inistros será entendido como manifestação pela ausência de repercussão geral.

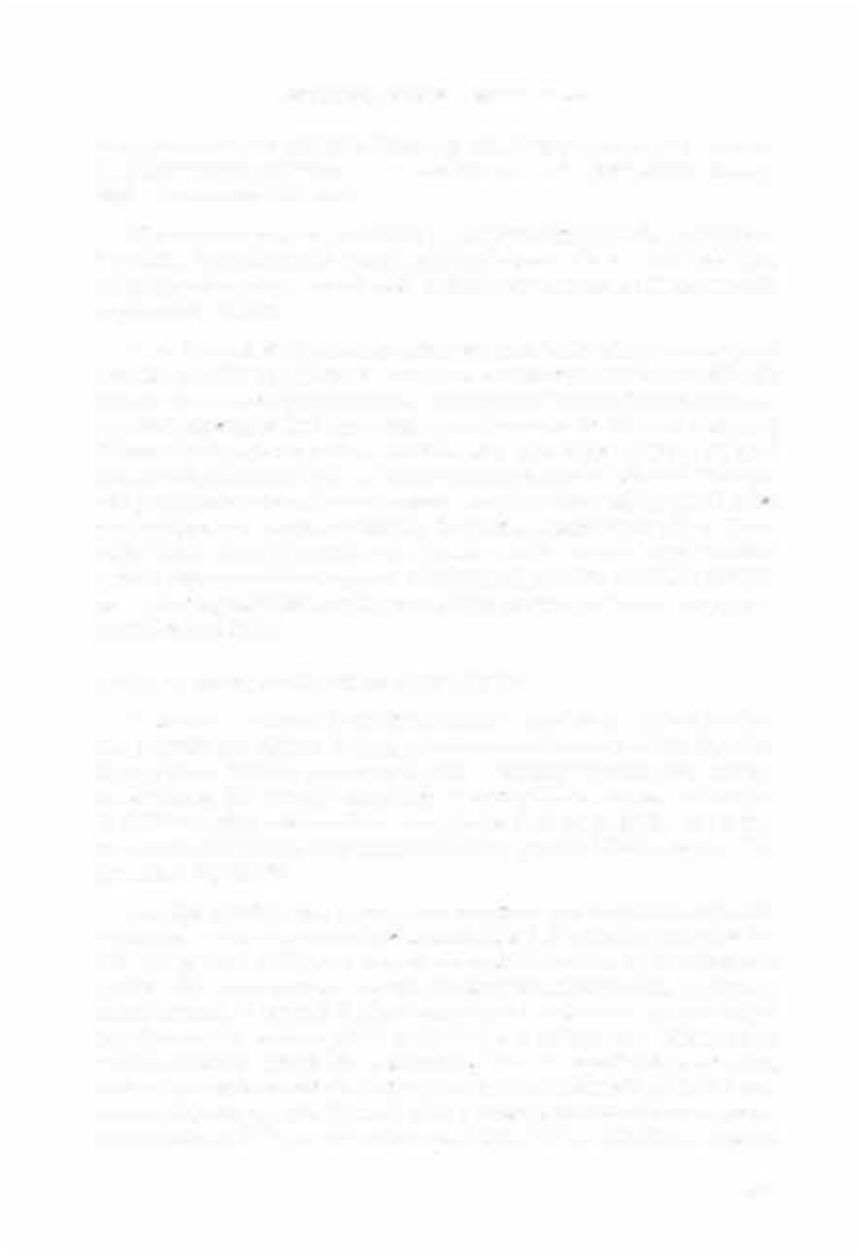
O julgamento sobre a repercussão geral não se dará em sessão pública, com debates, discussões e, até mesmo, sustentação oral. Isso poderia ofender o princípio do contraditório, afastar do o dever de debate entre juiz e partes. Para que não haja inconstitucionalidade no procedimento, impõe-se que se lhe confira ampla publicidade. O julgamrnto eletrônico não parece inconstitucional. O que se revela inconstitucional é un julgamento secreto, sem publicidade (CF/88, art.

93, IX). Cumpre, então, dar publicidade. Emitido pronunciamento do relator, será preciso proceder à divulgação desta sua manifestação, colocando à disposição dos interessados seu interior teor, e', igualmente, de cada manifestação que lhe chegue, da lavra de cada um dos mimstros que resolva exprimir seu entendimento. Tal publicidade é indispensável para viabilizar a apresentação de memoriais ou de petições com opiniões favorá,·eis à existência

de repercussão geral e, até mesmo, para viabilizar a manifestação de terceiros, prevista em lei (CPC, art. 543-A, §

6°) e no Regimento Interno do STF (art. 323, § 2°).

Em suma, pode-se dizer q11e o relator do recurso extraordinário, já entendendo não haver repercussão geral, pode colher o pronunciamento dos demais, por meio eletrônico, na forma analisada Entendendo que há repercussão geral, o relator leva o caso a julgamento para a tm ma, que, concordando com ele (até quatro votos ao 370



todo), irá confirmar a existência desse requisito. Do contrário, ou seja, se menos de quatro ministros afirmarem a presença de repercussão geral, deverá, então, o caso ser submetido ao plenário.

Não é ocioso acentuar e reafirmar que o julgamento por meio eletrônico só é possível, especificamente, para a repercussão geral, não se estendendo para outras situações, sob pena de ofender a garantia constitucional de fundamentação explícita das decisões.

O art. 328 do RISTF, após a Emenda Regimental n. 2 1 /2007, determina que o Presidente do STF ou o relator do recurso, quando diante de questão suscetível de reproduzir-se em múltiplos processos, "comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5

(cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica". Note que essa providência pode ser tomada ex officio, sendo semelhante àquela que já existe para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (art. 2 1 da Lei n.

9.868/1999). A regra já existia para o julgamento dos recmsos extraordinários provenientes dos Juizados Especiais Federais (antigo § 5° do art. 3 2 1 do RISTF), mas agora foi generalizada: aplica-se na análise da repercussão geral de qualquer recurso extraordinário.

18.9. A "objetivação" do recurso extraordinário

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos, por algumas mudanças bastante significativas. A EC n. 45/2004, por exemplo, criou a "súmula" vinculante em matéria constitucional (art. 1 03-A) e consagrou, no texto da Carta Magna, a orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, quer em ADIN, quer em ADC

(art. 1 02, § 2°, CF/88).

Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário,

que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato. Normalmente, relaciona-se o controle d[fúso ao controle concreto da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito a posteriori, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, a priori. Normal mente, o controle abstrato é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o controle 371



concreto, de forma difusa. O ('ontrole difuso é sempre incidenter tantum, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamenta

ção da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia inter partes. O controle concentrado, no Brasil, é feito principaliter, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu 1 espeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia erga omnes.

Nada impede, porém, que controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas inter partes. Mas a análise é feita em tese, que vi cu la o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts.

480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato161•

Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de amicus curiae neste incidente (§§ do art. 482). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauraçã de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par.

ún., CPC).

O STF, ao examinar a co stitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n . 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 1 2 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), publicada no DJ de 17. 1 2.2003:

O recurso extraordinário "de a de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para ,\Ssumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trat,1-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferi1 do ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Veifassungsbeschwerde). (.

. .)

A função do Supremo nos r<!cursos extraordinários - ao menos de modo imediato - não é a de resolver litíl;,rios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os J 6 1 . Sobre o tema, também, MENDES, Gil mar Fen-eira. "O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e refomia do Poder Judiei: rio". Revista da AJURJS. Porto Alegre: AJURTS, 1999, n. 75, p. 244.

pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas corno pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos"162•

H á diversas manifestações deste fenômeno, que é importantíssimo, na legislação e na jurisprudência brasileiras.

a) O primeiro exemplo é o procedimento antigamente previsto para a análise do

recurso extraordinário i nterposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regulado pelo art. 14, §§ 4° a 9º, da Lei Federal n. 1 0.259/2001163 e no hoje revogado (pela Emenda Regimental n. 2 1 /2007) § 5° do art. 321 do R I STF

(Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)164• O procedimento para

162. O excerto foi retirado de MADOZ, Wagner Amorim. "O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. l 19, p. 75-76.

163. "§ 4° Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5° No caso do § 4°, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6° Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7° Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursai ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o M inistério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. § 8° Decorridos os prazos referidos no § 7°, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança. § 9° Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6° serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça".

164. "§ 5ºAo recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 1 0.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: 1 - verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; li - o relator, se

entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursai ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias; m- eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso 1 deste § Sº; 1 V - o relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; V - recebido o parecer do Ministério Público Federal, o relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais M i nistros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, habeas corpus e mandado de segurança; VI - eventuais recursos extraordin{1rios que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VI I -publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo 373



recurso

FREDIE DIDIER .IR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

j ulgamento deste recurso permitia a inlervenção de interessados na discussão da tese (inciso III do § 5º do art. 3 2 1 do RTSTF); a decisão do STF era vi nculante para as turmas recursais, que deveriam retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme fosse (inciso VII do § 5º do art.

321 do RISTF); e, ainda, poderia ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recurrns extraordinários que versassem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgasse o recurso (inciso I do § 5º do art. 321 do RISTF), norma semelhante ao art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1 999, que cuida da ADC. Todas es&as características, que revelam a "objetivação"

do julgamento do recurso extraordinário, foram incorporadas ao regramento da análise da repercussão geral, con forme examinado no item anterior (arts.

543-A e 543-B, CPC, e art. 32 do Regimento Interno do STF).

b) O art. 103-A da CF/88 cunsagra a "súmula" vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editad.1 após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas t'm controle difuso de constitucionalidade.

c) A M i n . Ellen Gracie N rthtleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um

extraordinário, sob o fundamento de dar

efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 375.0 1 1 , constante do Informativo n. 365 do STF). A ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso ex1 raordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucional idade. I mportante prec�dente nesse sentido é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852, rei. M in. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

d) No julgamento do RE r . 298.694, rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.

2004165, decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com bas<' em fundamento diverso daquele enfrentado pele; tribunal recorrido. Trata-se de:" acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário de retratação ou declará-los preju ficados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII - o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterá, se for o caso, súmula sobre a questão coastitucional

controvertida. e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, par 1 comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização".

1 65. Também neste sentido, R.E n. 300.020, rei. Min. Scpülveda Pertence, ala publicada no DJ de 24.1 0.2003.

somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursai) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento166, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de interpretação que confirma o que se vem afirmando sobre a correta exegese do enunciado n. 456 da súmula da jurisprudência predominante do STF.

e) O § 3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo Pleno do STF, a despeito de não ter sido sumulado. Neste caso, revela-se a importância que se pretende conferir aos precedentes do STF, mesmo àqueles oriundos de processos não-objetivos.

f) O STF tem admitido reclamação constitucional como mecanismo processual para garantir a obediência às decisões, defi nitivas ou liminares167, proferidas em ADJN ou ADC. O § 3° do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004, permite, da mesma forma, o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar "súmula" vinculante - editada, conforme visto, a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

g) O STF, no julgamento do RE 1 97.91 7/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do art. 29 da CF/88, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município. O

TSE, diante deste julgamento, conferindo-lhe eficácia erga omnes (note-se que se trata de um julgamento em recurso extraordinário, controle difuso, pois), editou a Resolução n. 2 1 .702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF.

Essa Resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345

e 3.365, rei. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, "guardião da Constituição", submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição168. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: 166. AMARAL JR., José Levi Mcllo do. /11cidente de a1g11ição de inconsti111cio11a/idade. cit., p. 48, com inúmeros argumentos. Analisou esse importantíssimo acórdão, reconhecendo a "objetivação" do recurso

extraordinário MADOZ. Wagner Amorim. "O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais". Revista de Processo. S5o Paulo: RT, 2005, n. 1 19, p. 84-85.

167. Rei (QO) n. 1 .507-RJ e Rcl (QO) n. 1 .652-RJ, rei. Min. Néri da Silveira, 2 1 .9.2000; Rei n. 777-DF, 785-IU, 800-SP. rei. Min. Moreira Alves, 1 0.4.2002. Sobre o cabimento de reclamação contra decisão judicial que desrespeita comando liminar cm ADI, o acórdão /eadi11g case proferido na Rei. 2256- 1 , rei. Min. Gílmar Mendes, j. 1 1 .09.2003, publicado no DJ de 30.04.2004.

168. Informativo do STF n. 398, 22-26 de agosto de 2005.



Brasileira

uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia erga omnes, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria.

h) O STF decidiu admitir, '\;onsiderando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 1 0.259/200 l ", a sustentação oral de amici curiae (Confederação

dos Aposentados, Pensionistas e ldosos - COBAP

e da União dos Ferroviários do Brasil) em julgamento de recurso extraordinário, ratificando, também neste julgamento, a tendência de "objetivação" do controle difuso, tantas vezes mencionada neste ensaio169•

i) O Min. Gil mar Mende:-., no julgamento do HC n . 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1 ° do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990

(Lei dos Crimes Hediondos). aplicou o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999

(Lei da ADI/ADC), para dar dicácia não-retroativa (ex nunc) à sua decisão17º.

Ou seja: aplicou-se ao controle difuso de constitucionalidade um instrumento do controle concentrado, que é possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucional idade, a e cácia da sua decisão, ex nunc ou ex tunc. Esse julgamento, que foi interrompido por pedido de vista da M in. Ellen Gracie, foi concluído em fevereiro de 2006, quando o habeas corpus, já sob a relataria do Ministro Marco Aurélio, foi definitivamente deferido, com decretação de inconstitucionalidade incide1 ter tantum do referido dispositivo, nos seguintes termos: "O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibi 1 idade de progressüo"171•

j) Tudo isso conduz a que :-.e admita a ampliação do cabimento da reclamação constitucional, para abranger s casos de desobediência a decisões tomadas pelo

169. R.E n. 4 16827/SC e RE n. 41 5454/SC, rei. Min. Gil mar Mendes,j. cm 21 .9.2005, publicado no Informativo n. 402 do STF, 19-23 de setembro ' e 2005.

170. "Salientou. ainda, a incidência do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99 também no controle incidental, e.

considerando o reiterado posicionamento do Tribunal quanto ao reconhecimento da constitucionalidade da vedação da progressão de regin e aos crimes hediondos e as possíveis consequências decorrentes da referida declaração nos âmbitos civi 1, processual e penal, ressaltou que o efeito ex nunc conferido deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam siruações passíveis de serem submetidas ao regime de progressão". (lnfonnati\ o do STF n. 372, 29 de novembro a 3 de dezembro de 2004).

1 7 1 . Informativo do STF, n.418, 6 a 1 O ele Março de 2006.

Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a

"súmula" vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o controle difuso de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias

e acelerar o j ulgamento das demandas.

1) A 1 ª T. do STJ acolheu o nosso entendimento, expressamente, no julgamento dos REsp n. 744.937 e 741 .737, ambos relatados pela Mio. Denise Arruda, j.

em 04.04.2006, e publicados no DJ, respectivamente, em 1 9.06.2006, p. 1 1 1 , e 1 2.06.2006, p. 445.

Assim, as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser divididas em quatro espécies, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) proferidas por uma turma, em controle difuso; b) proferidas pelo Pleno, em controle difuso, e ainda não consagradas em enunciado da súmula vinculante; c) posicionamentos já consagrados em súmula vinculante; d) decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira espécie ("a") só tem eficácia inter partes e se constitui em precedente jurisprudencial de menor importância, até mesmo porque a outra turma do STF pode adotar posicionamento diverso (exatamente por isso admüem-se os embargos de divergência nessas situações).

A segunda espécie ("b"), como vimos, pode produzir efeitos ultra partes, como precedente j urisprudencial vinculativo, mas pode ser revista pelo Pleno do STF, surgindo novos fundamentos e tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto. É o que aconteceu com a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas envolvendo danos morais decorrentes da relação de trabalho, após a EC/45, em que o Pleno do STF, em um período de quatro meses, adotou posicionamentos antagônicos, prevalecendo a orientação pela competência da Justiça do Trabalho (ver o v. 1 deste curso, capítulo sobre competência).

A súmula vinculante ("c") tem eficácia erga omnes e somente pode ser revista de acordo com os pressupostos previstos no § 2° do art. 1 03-A da CF/88. Revelam um estádio bem mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF, que, porém, ainda pode ser revisto, pois tomado a partir de decisões proferidas 377

q
i



em controle difuso, em que a uestão constitucional aparece incidenter tantum, inepta para ficar imune pela co sa julgada material.

As decisões proferidas em controle concentrado - "d": ADI, ADC e ADPF

- ficam imunes pela coisa j ulgada material, não podendo ser revistas sequer por ação rescisória (art. 26 da Lei Federal n. 9.868/ 1 999 e art. L 2 da Lei Federal n.

9.882/ 1 999). Trata-se do nível mais elevado de estabilidade a que pode chegar um posicionamento do STF er1 terna de interpretação da Constituição Federal.

1 9. ENUNCIADOS DAS SÚMU LAS DA J URISPRUD ÊNCIA PREDOMI

NANTE DO STJ E DO STF SOBRE RECURSOS EXCEPCIONAIS

1 9. 1 . Enunciados da Súmula do STF

735. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

733. Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

641. Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido.

640. É cabível recurso extraor inário contra decisão proferida por juiz de

primeiro grau nas causas de alçada, ou por tum1a recursa! de juizado especial cível e criminal.

639. Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias dm peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinári não admitido pela decisão agravada.

638. A controvérsia sobre a ircidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.

637. Não cabe recurso extrao1 dinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.

636. Não cabe recurso extraor inário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

635. Cabe ao Presidente do T1 ibunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

634. Não compete ao Supren 10 Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a ·ecurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

RECURSO EXTRAORDfNÁRIO E RECURSO ESPECIAL

633. É incabível a condenação em verba bonorária nos recursos extraordinários i nterpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei 5.584/70.

528. Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso exti-aordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

513. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraord inário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.

456. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário,julgará a causa aplicando o direito à espécie.

454. Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

400. Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 1 O 1 , I I I da Constituição Federal.

399. Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.

356. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

284. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fündamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recon-ida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

281. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de 01igem, recurso ordinário da decisão impugnada.

280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

272. Não se admite como ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.

20.2. Enu nciados da Súmula do STJ

418. É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

320. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

256. O sistema de 'protocolo integrado' não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Jus iça.

2 1 1 . Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".

207. É inadmissível recurso ..,special quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

203. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

1 87. É dese1to o recurso inte1 posto para o STJ, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retomo dos autos.

126. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constituci nal e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extra ordinário.

1 1 5. Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

86. Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

13. A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.

7.

A pretensão de simples 1 eexame de prova não enseja recurso especial.

5.

A simples interpretação e cláusula contratual não enseja recmso especial.

380

CAPÍTULO VIII

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Sumário • 1. Objetivos dos embargos de divergência - 2. Hipóteses de cabimento - 3. Necessidade de a divergência ser atual e sua comprovação (confronto

analítico) - 4. Procedimento.

1. OBJETI VOS DOS E MBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência constituem um recurso (CPC, art. 496, VIII), com a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Seu objetivo é, em última análise, eliminar uma divergência intra muros, ou seja, afastar um conflito de entendimento na j urisprudência interna do tribunal superior.

O objetivo dos embargos de divergência é obter uma uniformização de jurisprudência interna, no âmbito do STJ ou do STF. Obtida a uniformização, atende

-se ao segundo objetivo dos embargos de divergência: reformar/anular o acórdão embargado. Assim, providos os embargos de divergência, ao tempo em que se obtém a alteração do acórdão embargado, alcança-se seu objetivo maior, que é a uniformização da jurisprudência interna do tribunal superior.

2_ H I PÓTESES DE CABIMENTO

Os embargos de divergência cabem do julgamento de Turma. Não são cabíveis em quaisquer tribunais, mas apenas no âmbito do STF e do STJ. A decisão deve ter sido proferida por Turma. Se tiver sido proferida por Seção ou por Corte Especial (no caso do STJ) ou pelo Plenário (no caso cio STF), não serão cabíveis os embargos de divergência. É que, repita-se, somente cabem do julgamento de Turma.

Para que caibam os embargos de divergência, é preciso que o julgamento tenha sido proferido por Turma, em recurso especial (no caso do STJ) ou em recurso extraordinário (no caso do STF). Daí a nomenclatura utilizada no inciso V I I I do art. 496 do CPC: "embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário".

Por aí se vê que os embargos de divergência contêm, em princípio, 2 (dois) requisitos objetivos: a) julgamento proferido por Turma; b) em recurso especial ou em recurso extraordinário.

Então, se se tratar de julgamento de outro recurso que não seja extraordinário nem especial, não serão cabíveis os embargos de divergência. De igual modo,

em se tratando de julgamento proferido por outro órgão que não seja a Turma, também não serão cabíveis os embargos de divergência.

381



NHECIDO.

FREDIE DLD1E1 JR. E

ARDO CARNEIRO DA CuNHA

A divergência pode dizer r!.!speito tanto ao mérito quanto à admissibilidade do especial ou extraordinário1 . Não se exige ausência de unanimidade no julgamento do recurso. Ainda que tenha ')ido unânime, caberão os embargos se a decisão divergir de decisão já proferida por outro órgão do Tribunal. O aresto paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso, bem corno de ação de competência originária do tribunal. Não serve decisão unipessoal; somente acórdão serve corno decisão paradigma.

A jurisprudência não admite ; interposição de embargos de divergência se o recurso especial ou extraordinário n io for conhecido (ver o enunciado n. 3 1 5 da súmula do STJ, abaixo examinado). Sucede que, uma vez julgado o recurso excepcional, é possível a interposição dos embargos de divergência, em razão de dissídio jurisprndencial interna c01poris 1elacio11ado a uma questão atinente ao juízo de admissibilidade do recurso especi. d!extraorclinário. Por isso é que se disse ser possível que a divergência diga resprito ao juízo de mérito ou ao juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Precedente importante explica o tema com minúcia:

EMBARGOS DE DJVERG ÊNCIA. lNVENTÁRlO. PR.ECLUSÃO. MATÉRIA SUSCITADA EM CONTIV\RRAZÕES. PREQUESTIONAMENTO A CARGO

DO RECORRIDO. RECUT,SO ESPECIAL CO

APLICAÇÃO DO

DfREITO À ESPÉCIE. Dl'v ERGÊNCIA CONFIGURADA.

1 . O cabimento dos embargo;; de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Tun ias do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de diverg-3ncia a propósito de regra de direito processual não se exige que os fatos cm causa 1 os acórdãos recorrido e paradigma sejam semelhantes.

mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da solução da questão de direito processual controvertida.

2. Segundo pacífica jurispnidência do STJ, não são cabíveis embargos de divergência para discussão de regra técnica de admissibilidade de recurso especial. A razão de ser desta uníssona. urisprudência é intuitiva e óbvia: as chamadas "regras técnicas de admissibilidad< " devem ser apreciadas e ponderadas na análise de cada caso concreto, à vista < os fundamentos do acórdão recorrido e das razões das partes. bem ou mal conduz.das, vicissitudes que descaracterizam a possibilidade de reconhecimento da divergência.

3. Hipótese em que não se cuida de regra técnica de admissibilidade de recurso especial, mas de divergênci .1 acerca de questão de direito processual civil relativa aos limites da devolutividad do recurso especial após o seu conhecimento, quando o STJ passa a julgar o méri10 da causa.

4. (...).

5. (..)

. .

1 .

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 626-627.

EMBARGOS DE DIVEHG�NCIA

6. (...). (STJ, 2ª S., EREsp n. 595.742/SC, rei. Min. Massami Uyeda, rei. p/ acórdão Mina. Maria Isabel Gallotti, j. em 1 4 . 1 2.20 1 1 , publicado no DJe de 1 3.04.20 12) Vale dizer que não se admitem embargos de divergência contra decisão isolada de relator. Embora desponte entendimento doutrinário demonstrando serem cabíveis os embargos em tal hipótese2, a orientação jurisprndencial do STF e do STJ aponta para a inadmissibilidade dos embargos na espécie3.

Em resumo, para que caibam os embargos de divergência, é preciso que: a) tenha havido decisão colegiada, ou seja, um acórdão, não sendo possível interpor embargos de divergência contra decisão isolada de relator; b) o acórdão tenha sido proferido por Turma; c) esse acórdão tenha decidido um recurso especial (no STJ) ou um recurso extraordinário (no STF).

Para que caibam os embargos de divergência, é preciso, enfim, que haja similitude fática. Nesse sentido, não cabem embargos de divergência, quando o acórdão embargado trata do mérito e o paradigma, da inadmissibilidade do recurso especial. É que, para que caibam os embargos de divergência, é preciso que os acórdãos tenham resultado do mesmo grau de cognição horizontal. Quer dizer que, se um acórdão tratou de questões de admissibilidade e o outro enfrentou o mérito, não cabem os embargos.4 Em situações como essa, é necessário fazer o distinguishing, a fim de não se admitirem os embargos. Se o acórdão paradigma versou sobre o juízo de admissibilidade e o acórdão recorrido tratou do mérito da questão, não há identidade entre os casos, não sendo cabíveis os embargos de divergência.

O enunciado n. 353 da súmula da jurisprudência predominante do STF assim está redigido: "São incabíveis os embargos da Lei n.º 623, de 1 9 de fevereiro de 1 949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal." Sucede que o mesmo STF alterou o seu entendimento, e passou a admitir os embargos com base em divergência com j ulgado da mesma turma, "caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento"5.

2.

PEREIRA, Milton Luiz. "Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator". Revis/a de Processo.

São Paulo: RT, 2001, n. 1 O 1 , p. 8 1 -87.

3.

STJ, I" Seção, EREsp 208.1 62/RS, rei. Min. João Otávio de Noronha, j. 24.03.2004, publicado no DJ de 19.04.2004, p. 148. Nu mesmo sentido, Embargos de Divergência em REsp aº 275.039-SP. rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa está publicada na Revis/a Dia/é1ica de Direi/o Processual nº 7, p. 2 1 7.

4.

STJ, 3" S., EREsp n. 247.250/SP, rei. Min. Fernando Gonçalves, rei. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer,j.

cm 1 1/06/200 1 , publicado no D.I de O l . 1 0.200 1 , p. 1 6 1 ; 1 " S., EREsp n. 685. 792/MG, rei. in. José Delgado, j . em 1 0.05.2006, publicado no DJ de 1 2.06.2006, p. 424; 3" S., EREsp n. 3 1 6.233/SP, rei. Min. Laurita Vaz, rei. pi acórdão Min. Maria ThercLa de Assis Moura,j. em 27.06.2007, publicado no DJ de 13.08.2007, p. 331

5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comemários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 626. Contra, SOUZA, Bernardo Pimentel. l111rod11çào aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3 ed. cit., p. 698-699.



Larita

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNl-IA

Os embargos de divergência sã.o cabíveis contra acórdão proferido em recurso extraordinário ou em recurso especial, não sendo cabíveis contra acórdão lavrado em agravo de instrumento, em agravo regimental ou agravo interno.

Há, contudo, uma situação particular que autoriza interposição dos embargos de divergência contra acórdão proferido, por turma, em agravo de instrumento ou em agravo regimental ou interno.

Como se sabe, é possível ao relator do agravo, no STF ou no STJ, se o acórdão recorrido estiver em conflito com a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior, conhecer do agravo para já dar provimento ao próprio recurso extraordinário ou ao próprio recurso especial (CPC, art. 544, §4°). De igual modo, é possível ao relator, no recu1 so extraordinário ou no recurso especial, já lhe dar provimento, quando a decisãn recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior (CPC, art. 557, § 1 º-A).

Em tais situações, a parti.! contrária poderá interpor o agravo interno (CPC, ar1s. 545 e 557, § 1 º), daí se seguindo a decisão colegiada da twma. Caso esse acórdão venha a manter a decisão do relator, serão cabíveis os embargos de divergência6. Esse, aliás, tem s1do o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal l ambém mantém esse entendimento, tendo, inclusive, cancelado o enunciado n. 5 9 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, em cujos termos se estabelecia não serem cabíveis embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental.

Nesse caso, provido, por decisão do relator, o recurso especial ou extraordinário, vindo a pat1e contrá1ia a interpor o agravo interno, se do julgamento deste houver dissídio com julgad1) proferido por outro órgão do tribunal, cabem os embargos de divergência. A decisão não foi proferida em recurso especial nem em recurso extraordinário, n as em agravo interno no agravo do art. 544 do CPC.

Sem embargo desse detalhe. o mérito do recurso especial ou extraordinário terá 6.

"PETIÇÃO. EMBARGOS DE)IVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE

INSTRUMENTO. DESCABIMf NTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 266, CAPUT, DO RISTJ, E 546, 1, DO CPC. PRECEDENTES DC STJ. HIPÓTESE DIVERSA DA EXCEÇÃO QUE SE FAZ QUANDO

O RELATOR JULGA, EM DECISÃO MONOCRÁTICA, O PRÓPRIO MÉRITO DO RECURSO ES

PECIAL (ART. 544, § 3°, PRIMl .IRA P/\RTE, E ART. 557, AMBOS DO CPC). 1 . Em regra, não cabem embargos de divergência contra < ecisões em agravo regimental, porquanto o acórdão a ser embargado há de ler sido proferido em sede de ecurso especial, conforme o disposto no art. 266, caput, do RJSTJ, e no art. 546, inciso 1, do CPC. 2. A rrgra, porém, comporia duas exceções, quais sejam, (i) quando o Relator, ao apreciar o agravo de instrume1 to, julga o mérito do recurso especial, com fundamento no art. 544, § 3º, primeira parte, do CPC; (ii) ou q 1ando o mérilo do recurso especial é apreciado pelo Relator em decisão monocrática, com arrimo no art 557 do CPC. Nesses casos, o acórdão que julgar o agravo regimental eventualmente interposto poderá ser objurgado via embargos de divergência, desde que, é claro, atendidos os pressupostos do recurso. 3. Ertbargos de Divergência não conhecidos." (Acórdão unânime da 3° Seção do STJ, PET 2.1 69/Pl, rei. Min.

Vaz,j. 10.03.2004, DJ de 22.03.2004, p. 193).

sido examinado no julgamento do agravo, sendo cabíveis, segundo orientação já firmada no âmbito do STF e do STJ, os embargos de divergência. O raciocínio, aqui, é o mesmo que se fez quanto ao cabimento dos embargos infringentes contra julgamento de agravo (vale conferir o que ficou dito a respeito do assunto no respectivo capítulo).

Esse entendimento restou sedimentado na súmula da jurisprudência predominante do STJ, nos enunciados n. 3 1 5 e 3 1 6, de cujos enunciados se extraem as seguintes dicções:

"n. 3 1 5 . Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".

"n. 3 1 6. Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial".

Enfim, os embargos de divergência cabem quando a decisão da Turma estiver divergindo da decisão tomada por outra Turma, por Seção ou pela Corte Especial (no caso do STJ) ou quando estiver divergindo da outra Turma ou do Plenário (no caso do STF). No âmbito do STJ, se a decisão da Tum1a estiver divergindo de outra Turma que integra a mesma Seção, ou se estiver divergindo da própria Seção, esta é que irá julgar os Embargos. Se a divergência for com Turma que integre outra Seção, ou com decisão proferida por outra Seção ou pela Corte Especial, cabe a esta (Corte Especial) julgar os embargos de divergência. No âmbito do STF, ao Plenário compete julgar os embargos de divergência, esteja a Turma divergindo da outra Turma ou do próprio Plenário.

Ao julgar o EAg 1 . 1 95.905/RS, a 2" Seção do STJ concluiu serem incabíveis os embargos de divergência quando o acórdão paradigma tiver sido proferido em conflito de competência. Segundo entendeu o STJ, os embargos de divergência são admissíveis quando há teses conflitantes, mas não pode existir conflito de teses quando apenas se define a competência para um ou outro órgão jurisdicional.

No Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº

998.249/RS, rei. Min. Sebastião Reis Júnior, a 3" Seção do STJ reafirmou seu entendimento quanto à "impossibilidade de acórdão proferido em sede de habeas c01pus, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para.fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso <!!>pecial ". Naquele mesmo julgado, o STJ

afirmou que "decisões monocráticas também não serem para demonstrar eventual dive1gência ".

Não parecem, todavia, adequada essas orientações. Como se viu, os embargos de divergência cabem, no STJ, quando alguma Turma, ao julgar um recurso especial, diverge de algum precedente de outra Turma, ele alguma Seção ou da Corte Especial.

O que importa, na verdade, é o conflilo entre as rationes decidendi elos precedentes.

Se. ao julgar um conflito de competência, um mandado de segurança, um habeas co1pus etc., o STJ manifestou alguma orientação a respeito da interpretação a ser



conferida ao texto de algum dispositivo de lei federal, essa ratio decidendi constitui entendimento firmado pela Corte Superior, que deverá ser seguido por ela mesma e pelos demais órgãos jurisdicionais. Havendo divergência de tal entendimento por meio de alguma l11rma do próprio STJ, legitima-se a interposição de embargos de divergência para que se uni11que a orientação jurisprudencial a respeito daquele tema. Não importa o tipo de ·ecurso em que foi finnada a tese.

O que importa é que o STJ arotou um entendimento, o qual deve ser seguido pelas suas turmas e pelos demais órgãos jurisdicionais, exatamente porque se trata de um tribunal que tem a função institucional de fixar a interpretação das leis federais. Daí por que se deveria admitir a nterposição de embargos de divergência nesse caso.

3. NECESSIDADE DE A DI VERG ÊNCIA SER ATUAL E SUA COMPRO VAÇÃO (CONFRONTO Al\ALÍTCCO)

A divergência, para que se possam interpor os embargos, há de ser atual. Se a divergência já restou ultrapassada, não cabem mais os embargos de divergência.

A propósito, assim enuncia o o. 1 68 da súmula do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". De igual teor, o enunciado n. 247 da súmula da j

urisprudência predominante do STF: "O relator não admitirá os embargos da Lei n. 623, de 1 9.02. 1 949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada".

A atualidade da divergênc ia é igualmente exigida pelo enunciado n. 598 da súmula do STF: "Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la, mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário".

Além de ser atual a divergência, é preciso que o acórdão paradigma tenha sido proferido por órgão que ainda mantenha competência para a matéria ali versada.

Por exemplo: proferido um at:órdão por uma turma do STJ, somente cabem os embargos de divergência, se tal acórdão estiver destoando de outro proferido por turma ou seção que ainda detenha competência para aquela matéria. Se, contudo, a turma ou a seção que prolatou o acórdão dissidente não mantém mais competência sobre a matéria, não cr;bem os embargos. Esse, aliás, é comando que se extrai do número 1 58 da súmt la do STJ: "Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada". É por isso que é imprestável para justificar os embargos de divergência a utilização como paradigma de julgado do antigo Tribunal Federal de Recursos· .

7.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aus recursos civeis e à ação rescisória. 3 cd, cit., p. 700.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Somente serão admitidos os embargos de divergência, se houver o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma. É preciso, na análise dos embargos de divergência, que o órgão jurisdicional possa cotejar o caso que foi submetido à sua apreciação com as particularidades do precedente com o qual está havendo a divergência. As hipóteses julgadas no acórdão rec01Tido e no acórdão paradigma devem conter similitude, a exemplo do que sucede no recmso especial interposto pela divergência jurisprudencial (CF/88, art. 1 05, III,

"c"; CPC, art. 54 1 , parágrafo único).

Em outras palavras, da mesma forma que, no recurso especial, cabe à parte proceder o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, tal cotejo também se exige para que sejam admitidos os embargos de divergência, não sendo suficiente a mera transcrição de ementas. Realmente, "o dissídio pretoriano exigível ao conhecimento dos Embargos de Divergência reclama comprovação mediante cotejo analítico, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas".8 Vale dizer que: "a parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência - ou de não-conhecimento destes, quando já admitidos - deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão-paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursai, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configuram a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificam ou que tornam assemelhados os casos em con fronto, não bastando, para os fins a que se refere o art. 331 do RISTF, a mera transcrição das ementas dos acórdãos invocados como referências paradigmáticas, nem simples alegações genéricas pertinentes à suposta ocorrência de dissenso pretoriano".9

Enfim, para o cabimento dos embargos de divergência, o dissídio jurisprudencial deve ser demonstrado mediante confronto analítico, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas"º· É que "a mera transcrição de ementas é insuficiente para a exata compreensão do dissídio apontado"" .

Não obstante a jurisprudência do STF e do STJ tenha firmado a orientação no sentido de que a simples transcrição de ementas é insuficiente para demonstrar o dissídio jurisprudencial, cumpre, no particular, adotar o mesmo entendimento 8.

Acórdão unânime da I' Seção do STJ, AEREsp 421 .964/SP, rei. Min. Luiz Fux, j. 25.08.2004, DJ de 04.10.2004, p. 201 .

9.

Acórdão unânime do Pleno cio STF, RE 255.328 ED-EDv-AgR/CE, rei. Min. Celso de Mello,j. 24.04.2003, DJ de 30.05.2003, p. 30.

10. Acórdão unânime do Pleno cio STF, RE 222.041 EDv/RS, rei. M in. Néri da Silvcira,j. 1 0.04.2002, DJ de 3 1 .05.2002, p. 42.

1 1 . Acórdão unânime da I" Seção do STJ, EREsp 296.43 1/SP, rei. Min. Denise Arruda, j. 25.08.2004, DJ de 04.10.2004, p. 200.

estabelecido

fREDIE DIDIEI JR. E LEONARDO CARNEIRO DA

HA

assentado para o recurso espei.;ial fundado na divergência pretoriana, ou seja, se a ementa contiver todos os detalhes do caso, será o bastante para, feito o cotejo analítico, ter como comprovada a divergênciajurisprudencial.

À evidência, se, nos embargos de divergência, não se aceita a mera transcrição de ementas, nada impede que o dissídio jurisprudencial seja feito, com base em simples ementa. O que não satisfaz, para efeito de admissibilidade de embargos de divergência, é a mera transe rição de ementas. O que se impõe é o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão reconido e o acórdão paradigma.

Ora, se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar os embargos de divergência, desde que sej a feito o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão reconido e a ementa do acórdão paradigma. Enfim, deve-se aplicar aos embargos de divergência a mesma orientação que finca o recurso especial por divergência jurisprudencial, não havendo razão para, no particular, hawr tratamento díspar.

4. PROCEDIMENTO

Os embargos de divergência devem ser interpostos no prazo de 1 5 (quinze) dias (CPC, art. 508). Segundo o parágrafo único do art. 546 do CPC, o seu procedimento deve ser no regimento interno do respectivo tribunal.

No âmbito do STF, os embargos de divergência estão disciplinados nos arts.

330 a 336 do seu regimento interno. Opostos os embargos perante a Secretaria do STF, serão j untados aos autos independentemente de despacho. Feita a distribui

ção, os autos serão conclusos ao relator, que irá admitir ou não os embargos de divergência. Admitidos os eIT bargos e efetuado o preparo, será feita a intimação do embargado para apresentar contrarrazões, daí se seguindo a inclusão em pauta e seu j ulgamento.

Por sua vez, o regiment interno do STJ dispõe sobre o procedimento dos embargos de divergência em seus arts. 266 e 267. Ali se prevê que os embargos de divergência serão juntado:> aos autos independentemente de despacho e não terão efeito suspensivo.

Segundo informação de Ber nardo Pimentel Souza, que realizou boa pesquisa sobre o tema, prevalece na jurisp1.1dência e na doutrina, embora sem respaldo legal ou regimental específico, o entendimento de que os embargos interpostos contra acórdão que deu provimento a recurso extraordinário ou especial têm efeito suspensivo12•

Interpostos os embargos. não se deve, desde logo, intimar a parte contrária para apresentação de contrarrazões. Será, imediatamente, sorteado relator para os 12. SOUZA, Bernardo Pimentel. lmrc d11ção aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., art., p. 703.

embargos. Sorteado o relator, esse poderá indeferir, liminarmente, os embargos de divergência, quando intempestivos, ou quando contrariarem a súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial.

Admitidos os embargos de divergência, em despacho fundamentado, será intimado o embargado para apresentar contrarrazões em 1 5 (quinze) dias - não obstante o § 2° do art. 335 do RISTF, que fala em dez dias, mas que foi revogado pela Lei o. 8.038/199013• Se for o caso, o Ministério Público terá vista dos autos por vinte dias. Impugnados ou não os embargos, serão os autos conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento.

Não cabem embargos de divergência adesivos. Cabe sustentação oral14 e não é necessária a presença do revisor. Os embargos de divergência exigem o preparo, quando cabíveis contra acórdão de recurso especial (item XXI da Tabela "B"

da Lei nº 1 1 .636/2007 e item XXI da Tabela "A" da Resolução STJ nº 0 1 /20 1 1 , que incluem os embargos de divergência como "causa originária", fixando seu respectivo valor de custas)15• Quando interpostos contra acórdão de julgamento de recurso extraordinário, também estão sujeitos a preparo (art. 4 1 - B da Lei n.

8.038 e do item N da Tabela "B" da Resolução de Custas do STF)16•

À semelhança do que ocorre com o julgamento dos recursos excepcionais, uma vez conhecidos os embargos de divergência o tribunal deverá julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 336 do RISTF). É possível, então, falar de efeito translativo (ou dimensão vertical do efeito devolutivo) também para esse recurso, o que permite ao tribunal examinar as questões de ordem pública17• O leitor deve reler o que fo i escrito sobre o n. 456 da súmula da jurisprudência predominante do STF, no capítulo sobre os recursos extraordinários.

1 3 . SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 cd. cit., art., p. 70 1 .

14. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., art., p . 7 1 1 .

15. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 cd. cit., art., p. 703.

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., art., p. 704.

17. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos civeis e à ação

rescisória. 3 ed. cit., p. 706.

389



CAPÍTULO IX

ÁÇÃO RESCISÓRIA

Sumário • 1. Noção geral - 2. Pressupostos da ação rescisória -3. O objeto da ação rescisória -4. Legitimidade

- 5. Competência para processar e julgar a ação rescisória - 6. O prazo para ajuizamcnto da ação rescisória - 7.

Hipóteses de cabimento: 7. 1 . A causa de pedir na ação rescisória; 7.2. Prevaricação, concussão e corrupção; 7.3.

Impedimento do juiz; 7.4. Incompetência absoluta; 7.5. Dolo da parte vencedora; 7.6. Conluio entre as partes; 7.7.

Ofensa à coisa julgada; 7.8. Violação à literal disposição de lei; 7.9. Prova falsa; 7. 10. Documento novo; 7. 1 1 .

Houver motivo para invalidar confissão, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ou transação em que se baseou a sentença; 7 . 1 2. Erro de fato -8. Procedimento: 8 . 1 . Consideração introdutória; 8.2. Petição inicial e depósito obrigatório; 8.3. Valor da causa; 8.4. Prazo de defesa; 8.5. Revelia na ação rescisória; 8.6. Reconvenção na ação rescisória; 8.7. Produção de provas na ação rescisória; 8.8. Intervenção do M inistério Público; 8.9. Suspensão da execução da decisão rescindenda e tutela antecipada na ação rescisória - 9. Julgamento: o i11diciu111

rescindens e o iudicium rescissorium - 1 O. Eficácia temporal do julgamento rescindente - 1 1 . Recursos na ação rescisória - 12. Execução na ação rescisória -13. Ação rescisória de julgamento proferido cm ação rescisória.

1. NOÇÃO GERAL

A ação rescisória ostenta a natureza de ação autônoma de impugnação, voltando-se contra a decisão de mérito transitada em julgado, quando presente pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. A coisa julgada, no direito brasileiro, pode ser desconstituída, basicamente, por três meios: a ação rescisória (o comum), a querela nullitatis e a impugnação de sentença fundada no § l º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741 do CPC.

A ação rescisória não é recurso, por não atender a regra da taxatividade, ou seja, por não estar prevista em lei corno recurso. Adernais, os recursos nã.o formam novo processo, nem inauguram uma nova relação jurídica processual, ao passo que as ações autônomas de impugnação assim se caracterizam por gerarem a formação de nova relação jurídica processual, instaurando-se um processo novo.

Eis por que a ação rescisória ostenta a natureza jurídica de uma ação autônoma de impugnação: seu ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com nova relação jurídica processual.

A ação rescisória serve ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de inval idade (art. 485, I I e I V, p. ex.), quer por motivos de injustiça (art. 485, V I e IX, p. ex.). Não se deve, pois, estabelecer uma relaçã.o necessária entre os defeitos processuais e a ação rescisória, pois esta tem espectro mais amplo.

3 9 1



fREDIE DIDIEI JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Trata-se, em verdade, de uma ação constitutiva negativa ou desconstitutiva1, porquanto visa ao desfazimenlo de coisa julgada material anteriormente fonnada em outro processo. Como toda ação, a rescisória deve preencher as condições da ação e o procedimento deve o servar os "pressupostos processuais".

2. PRESSUPOSTOS DA AÇ ÃO RESCISÓRIA

Para que se admita a ação rescisória, é preciso que haja, além das condições da ação e dos pressupostos pr cessuais, a) uma decisão de mérito transitada em julgado; b) a configuração de 1 1m dos fundamentos de rescindibilidade, arrolados no art. 485 do CPC e c) o prazo decadencial de dois anos.

Embora o art. 485 do CPC refir. -se a "sentença de mérito"', é cabível, como se verá no item seguinte, ação rescisória contra e ecisão terminativa, que não tenha enfrentado o mérito, desde que não seja mais possível rediscutir o assunto e caso esteja presente uma das hipóteses previstas nos incisos do mesmo art. 485 d<1 CPC. A hipótese é de interesse de agir: se for necessária e útil a ação rescisória, esta será cabívL 1. A propósito assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PROCESSUAL CI\ IL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA TERMINATIVA. É

cabível o ajuizamento de ação 1escisória para desconstituir tanto o provimento judicial que resolve o mérito quanto aquele q Je apenas extingue o feito sem resolução de mérito. A redação do an. 485, cap111, do CPC, ao mencionar "sentença de mérito" o ícz com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a "sentença definitiva", não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de méritJ. De toda sentença terminativa, ainda que não seja de mérito, irradiam-se efeitos declaratório ;, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos.

Se o interesse do autor reside cn atacar um desses efeitos, sendo impossível renovar a ação e não havendo mais recurso cabí1 el em razão do trânsito em julgado (coisa julgada fom1al), o caso é de ação rescisória, havendo que ser verificado o enquadramento nas hipóteses descritas nos incisos do art. 485, do CPC'. O equívoco cometido na redação do referido artigo, o foi na compreensão de que os processos extintos sem resolução do mérito (à exceção daqueles em que se acolheu a alegação d[illegible] perempção, litispendência ou de coisa julgada, art. 267, V) poderiam ser renovados, na fonna do art. 268, do CPC. daí que não

haveria interesse de agir em ação rescisória movida contra sentença ou acórdão que não fosse de mérito. No entanto, sabe-se que a renovação da açã11 não permite rediscutir todos os efeitos produzidos pela ação anleriom1ente extinta. Exemplo disso está no próprio an. 268, do CPC, que condiciona o despacho da nova inicial à pro\ 1 do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Para estes casos, onc e não houve sentença ou acórdão de mérito, o único remédio 1 .

Acolhida a ação rescisória, a consequência natural é desfazer a coisa julgada material. Sendo a rescisória uma ação constitutiva, sua eficácia é, em princípio, ex 111111c, podendo, por expressa, previsão legal, conter efeitos ex /une (PARÁ FILHO, To11ás. Esflldo sobre a sentença constitutiva. São Paulo, 1 973, p. 139). O

art. 574 do CPC contém essa previ! ão, dele se extraindo que a rescisória pode produzir efeitos retroativos.

Em razão de a rescindibilidade ter o regime semelhante ao da anulabilidade, que tem sua eficácia regida pelo Código Civil, a ação rescisória tem .ambém eficácia retroativa. O art. 574 do CPC constitui uma garantia do executado contra qualquer execuçí o injusta, podendo ser aplicado em todo tipo de execução, de sentença ou de título extrajudicial, mesmo ; pós todas as reformas que vêm sendo implementadas. Trata-se de um dispositivo mal explorado pela dotllrina e pela jurisprudência. Aliás, a concessão de efeito suspensivo na rescisória serve, exatamente, para evitar a incidência do dispositivo, impedindo que o devedor, uma vez vitorioso na rescisória, tenha de m har o tonuoso caminho da repetição de indébito ou da indenização que porventura seja devida.

é a ação rescisória. REsp 1 .2 1 7.321-SC, rei. originário Min. Herman Benjamin, Rei. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. em 18/10/2012."

Não se admite ação rescisória, sem que se alegue ou se demonstre a ocorrência de uma das hipóteses capituladas no art. 485 do CPC. O elenco de hipóteses do referido art. 485 do CPC é taxativo. Em outras palavras, "as hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em numerus clausus na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica

ou extensiva"2. Vale dizer que "o rol do a1t. 485 é taxativo. Não comporta interpretação ampliativa ou analógica. Esse entendimento, tranquilo em doutrina e jurisprudência, afina-se à proteção constitucional da coisa julgada (CF, art.

5°, XXXVl)"3.

Há, porém, algumas ponderações. Em primeiro lugar, há ainda as hipóteses de cabimento de ação rescisória para a sentença que julga partilha (art. 1 .030

do CPC), que se somam às hipóteses do art. 4854. Em segundo lugar, é lícita a interpretação extensiva, "que se limita a revelar o verdadeiro alcance da norma, quando a lei minus dixit quam vo/uit ", como no caso da exegese do inciso V I I I do art. 485, em que se deve compreender como nele incluída a previsão de rescisória contra sentença que se basear em reconhecimento da procedência do pedido.5

Enfim, o que importa verificar é que a ação rescisória somente se revela cabível se estiver configurada uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.

Dentre tais hipóteses, há algumas em que a ação rescisória destina-se a combater defeitos processuais, enquanto, em outras, objetiva a conigir injustiças em sentença plenamente válida.

3. O OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória afigura-se cabível para desconstituir decisão de mérito transitada em julgado. Em outras palavras, não cabe, em princípio, a ação rescisória contra decisão que tenha tratado de matéria estranha ao meritum causae. Segundo esclarece José Carlos Barbosa Moreira: "tampouco é possível rescindir acórdão que julgue recurso contra decisão interlocutória (art. 1 62, § 2°) ou final (ait. 267), de primeiro grau ou de grau superior, sobre matéria estranha ao meritum causa e ". 6

2.

ERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagame. 7 ed. Sào Paulo: RT, 2003, nota 8 ao arl. 485, p. 829.

3.

BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil interpretado. Antonio Carlos Marcato (coord.).

São Paulo: Atlas, 2004. p. 1 .475.

4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de P1vcesso Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, V. 5, p. 154-155.

5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111ârios ao Código de Processo Civil. 12 ed. cit., p. 154.

6.

Comelllários ao Código de Proces�·o Civil. 6 cd. cit., p. 102.



FREDIE Dro1E1 JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNIIA

Com efeito, é unívoco o entendimento segundo o qual a ação rescisória, além das exigências comuns a qualquer demanda - aí incluída a presença das condi

ções da ação e dos pressuposros processuais -, somente tem cabimento quando também estão presentes os seguintes pressupostos: a) existência de decisão de mérito transitada emjulgado7; b) configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade, arrolados no art. 485 do CPC.

O que importa é o trânsito en1 julgado. É indi ferente que ele tenha ocorrido porque a parte não interpôs o recurs J ou interpôs todos os recursos. Não há exigência de esgotamento das instâncias ro!cursais para a proposituração da ação rescisória. Eis o teor do enunciado n. 5 1 4 da súmula da jurisprudência predominante do STF:

"Admite-se ação rescisória c•mtra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado udos os recursos".

Do mesmo modo, convém anotar que, ajuizada a ação rescisória antes do trânsito em j ui gado, precocemente, se esse acontecer, como fato superveniente, na pendência do processo rescisório, deve >er levado em consideração pelo tribunal, à luz do art.

462 do CPC. O Superior Tribunal de Justiça admite essa possibilidade. No REsp 257 .580/PR, rei. Min. Carlm Menezes Direito. publicado no DJ de 20.08.200 1 , p.

459, admitiu-se o preenchimento ulterior da condição da ação "possibilidade jurídica do pedido". E, como lembra Tbeotônio Negrão, "o disposto no art. 462, CPC, tem incidência também na rescis·iria".8

A propósito, cumpre lembrar que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria de Enrico Tullio Liebman, segundo quem a ação é o direito a uma sentença de mérito. Para Liebman, o conceito de lide coincide com o de mérito.

Quanto a este - o mérito - ide ntifica-se com o pedido fom1ulado pelo autor, que consiste na pretensão ou no objeto litigioso do processo, em torno do qual gravita a atividade do juiz, a quem cabe sobre ele decidir9.

Mérito, então, é sinônirn de objeto litigioso (composto pelo pedido e pela causa de pedir). Quando o juiz examina o pedido, está a analisar o mérito. Ao acolher ou rejeitar o pedido, o juií. estará julgando o mérito. É por isso que a hipótese 7.

BUENO, Cassio Scarpinella. Códig? de Processo Civil inte1pretado. cit., p. 1 .473; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 7 cd. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 1 1 ; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111ârios a? Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 1 02; NERY JR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6 ed. cit.. p. 1 3 ; PORTO, Sérgio Gilberto. Co111e11tários ao Código de Processo Civil.

São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 297; T 1EODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 39 ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1 . n. 60 I , p. 603.

8.

Código de Processo Civil e legislai ão processual em vig01: 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 478, nota 1 1 ao art. 462.

9.

Assim expressa Liebman: " . . . o pe.lido do autor é o objeto do processo. É ele manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste e11 dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido".

("O despacho saneador e o julgamrnto do mérito"'. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1 999, a. 767. p.

746). Sobre a crítica a essa conccprão. ver o v. 1 deste curso, capitulo sobre a teoria da cognição judicial.



contida no inciso I do art. 269 do CPC, em razão da qual o processo é extinto com resolução do mérito, quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido, caracteriza o típico julgamento do mérito.

Ora, se a ação rescisó1ia deve ser proposta contra decisão de mérito transita da em julgado, e se mérito é sinônimo de pedido, significa, então, que somente se afigura cabível a ação rescisória contra a decisão, transitada em julgado, que apreciou o pedido, ou seja, contra a decisão que examinou a pretensão, sendo

certo que esta constitui o objeto litigioso, que consta da petição inicial da ação de conhecimento.

A prescrição e a decadência também constituem mérito, eis que se caracterizam por acarretar, respectivamente, a perda da pretensão ou a extinção do direito, consistindo, a bem da verdade, numa rejeição do pedido; estão, como se pode ver, englobadas pela hipótese encartada no referido inciso [do art. 269 do CPC.

Quanto às demais hipóteses previstas no art. 269 do CPC, constituem casos em que o litígio restou encerrado por ato unilateral ou bilateral das próprias partes, cabendo ao juiz praticar, tão somente, uma atividade homologatória.

Nos casos previstos nos incisos l i e V do art. 269 do CPC, o juiz não emite propriamente uma decisão ou sentença. Nesses casos, "substancialmente, não há sentença, uma vez que a lide não foi propriamente julgada. A decisão não é propriamente fruto da análise e valoração dos fatos e do direito aplicável ao caso pelo magistrado"1º. Conquanto não se trate propriamente de uma senten

ça, haverá, nessas hipóteses, resolução do mérito, produzindo-se coisa j ulgada material.

Ora, se há resolução do mérito, produzindo-se, consequentemente, coisa julgada material, cabível será, então, a ação rescisória.

Significa que, em todas as hipóteses do art. 269 do CPC (ai incluídas aquelas relacionadas com os incisos fJ e V de tal dispositivo), cabe ação rescisória, porquanto a resolução se opera com julgamento do mérito, produzindo-se coisa julgada material, que somente poderá ser desconstituída pela ação rescisória.

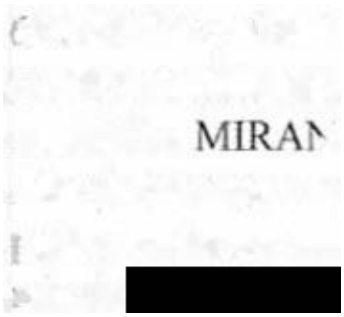
Realmente, segundo dispõe o art. 485, caput, do CPC, "a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida (. .)". É correto o entendimento de

.

que o termo sentença está aí utilizado como decisão que trate do mérito, seja ela sentença, decisão interlocutória11 ou acórdão. E, repita-se mais uma vez, mérito é o pedido fonnulado na petição inicial da ação originá1ia. Significa, então, que a 1 0. SHIMURA, Sérgio. Título executivo. São Paulo: Saraiva, 1 997, n. 3.5.3, p. 230.

1 1 . É recomendável a leitma de trabalho de Cândido Dinamarco, em que reconhece a possibilidade de ação rescisória contra decisão intcrlocutória de mérito; o autor faz longas considerações sobre o lema, que 395





decisão que tratar do pedido, ou seja, a decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, é que pode ser alv de uma ação rescisória.

Tradicionalmente, diz-se que as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária não prod 1zem coisa julgada material e, assim, não poderiam ser alvo de uma ação rescisóri,1. Essa é a orientação predominante. Não é, porém, o entendimento aqui defendi o. Confom1e já acentuado no vol. 1 deste Curso, as sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária também se submetem à coisa julgada m 1terial, tornando-se imutáveis e indiscutíveis. No procedimento de jurisdição \ Olunlária, há pedido, existindo, portanto, mérito.

A sentença que o acolhe esta a resolver o mérito, encaixando-se na hipótese do art. 269, T, do CPC. Desse modo, transitada em j ulgada uma sentença num procedimento de jurisdição voluntária, cabe ação rescisória com a finalidade de desconstituí-la, em razão de alguma das hipóteses previstas no ait. 485 do CPC.

Nos termos do Código de Processo Civil de 1 939, cabia ação rescisória tanto contra sentença de mérito como contra sentença terminativa. No sistema do atual diploma processual, somente se afiguJa cabível a ação rescisória contra decisão de mérito transitada em julgé.do12. Sem embargo disso - em que se desnuda o cabimento da ação rescisória apenas contra decisão de mérito transitada em julgado - avulta respeitável entendimento doutrinário, no sentido de admitir a ação rescisólia contra decisãc que, embora não seja de mérito, tornou a questão preclusa, impedindo sua revisão13•

merecem ser consultadas ('"Ação r•scisória contra decisão interlocutória'". A nova era do processo civil.

São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 280-289).

12. Assim, STJ, 2'T., AgRg no REsp n. > 1 7.479/SC, rei Min. Herman Benjamin.j. em 06. 1 1 .2008, publicado no DJe de 1 9 . 1 2.2008; STJ, 2ºT .. REsr n. 962.350/RS, rei. Mina. Eliana Calmon,j. cm 04.09.2008, publicado no DJe de 08.1 0.2008. Em sentido contrário,

DA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comemários

ao Código de Processo Civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, L 6, p. 174.

1 3. Eis o entendimento: "Por outro lado, JOde acontecera necessidade de recorrer-se q rescisória, quando a deciséo si ti ma (rcscindenda), embora néo se 1do de mérito, importou tornar preclusa a questéo de mérito decidida no julgamento precedente. Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante deciséo interlocutória que violou disposiêéc- literal de lei, néo se pode negar :i parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violaêéo da ordem jur�dica. É certo que a deciséo do Tribunal néo enfrentou o mérito da causa, mas foi por meio dela que se operou o triinsito cm julgado da sentenêa que decidiu a lide e que deveria ser rei ista pelo Tribunal por forêa da apelaêéo néo conhecida. Néo se pode, outrossim, dizer que se na sentenea Lxistir moLivo para a rescisória esta deveria ser requerida contra a deciséo de primeiro grau e néo contra o acó1 déo do Tribunal, cujo contesdo teria sido meramente terminativo. É que nem sempre é poss�vel fazer-se o �nquadramcnto da sentenêa nos permissivos do art. 485. Mas, se houve o errar i11 i11dica11do no acórdéo, o apelante sofreu violento cerceamento do direito de obter a reviséo da sentenêa de mérito, pela via norma da apelaêéo, que é muito mais ampla do que a da rescisória. Tendo-se em vista a instrumental idade do processo e considerando-se que o errar i11 iudica11do, embora de natureza simplesmente processual, afetou d·retamente uma soluêéo de mérito, entendo que, nessa hipótese excepcional, a 111e11s legis deve ser intcr:iretada como autorizadora da aêéo rescisória, a fim de que. cassada a deciséo ilegal do Tribunal, se possa completar o julgamcnlo de mérito da apelaeéo, cujo trancamento se 396

AçJíO RESCISÓRIA

Tal entendimento denota ser cabível a ação rescisória, mesmo quando a decisão final não for de mérito, se não houver outro meio para eliminar a ilegalidade.

Imagine-se, por exemplo, wna demanda proposta contra um Município, vindo este a ser condenado por sentença em valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Nesse caso, não há reexame necessário, de acordo com o § 2° do art. 475 do CPC. De todo modo, o Município interpôs recurso de apelação, o qual, distribuído ao relator, teve seu seguimento por este negado por ser dese1to.

Considerando que o Município tenha perdido o prazo para a interposição do agravo interno, o que fazer contra a ilegalidade contida na decisão que, reconhecendo deserção em seu recurso de apelação, negou-lhe seguimento? E se a sentença que condenou o Município não contém qualquer vício, não sendo, portanto, rescindível? O que deve o Município fazer?

Caberia, então, segundo tal entendimento, uma ação rescisória, não contra a sentença condenatória, mas sim contra a decisão do relator que negou seguimento ao recurso de apelação14• É que tal decisão, por conter violação l iteral a dispositivo de lei, encarta-se na hipótese do inciso V do art. 485 do CPC. Além do mais, não há outro meio para desconstituí-la, restando, apenas, a via da ação rescisória. Nesse mesmo sentido, admite-se a ação rescisória contra a decisão que, indevidamente, reconheceu a intempestividade do recurso15•

deveu a Aagrantc negacéo de vigtncia de direito expresso". (TI 1 EODORO J R., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 39 ed. cit., p. 604-605). Essa é também a lieéo de Bernardo Pimentel Souza, que assim averba: "A aééo rescisória, em sl}ntese, tem geralmente como alvo decisum de mérito protegido pela res iudicata: excepcionalmente, pode ter em mira até mesmo julgado irrecorrido que néo tratou de matéria de mérito. Assim, néo é di�cil responder � seguinte pergunta: é admissl$:vel aêéo rescisória contra o Sltimo julgado proferido no processo. ainda que nele néo tenha sido resolvida a matéria de mérito, solucionada apenas na deciséo recorrida? Tudo indica que a resposta afirmativa é a melhor. Quando o recurso néo ultrapassa a barreira da admissibilidade, é o decis11111 recorrido que adquire a auctorilas rei judicatae, após o decurso in a/bis do prazo recursai para a impugnaêéo do sltimo julgado proferido no processo.

Néo é juridicamente poss�vcl a inlerposieéo de outro recurso. nem o ajuizamento de nova aêéo - tendo em vista o disposto nos artigos 301, § 3r, e 467. Porém, se o vl$:cio previsto no artigo 485 diz respeito :i sltima deciséo, de nada adianta atacar o primeiro decis11111. pois ele néo estj contaminado por defeito que autoriza a rcsciséo. Realmente, se o v�cio reside no si timo julgado, ele é que deve ser combatido via acéo rescisória. Mais uma vez a cljusula inseria no caput cio artigo 485 deve ser temperada cum grano salis".

(1111rod11êéo aos recursos c*veis e q aêéo rescisória. 2 ed. cil., p. 501-502).

14. "Ação rescisória. Apelação não conhecida por deserção. Precedentes da

Corte. 1 . Precedentes da Corte considerando admissível a rescisória quando não conhecido o recurso por intempestividade, autorizam o mesmo entendimento cm caso ele não-conhecimento da apelação por deserção. Ressalva do Relator. 2.

Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 3' T., REsp n. 636.251/SP, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.02.2005).

1 5 . ..AÇÃO RESCISORJA. ERRO DE FATO. PRAZO RECURSAL. SUSPENSÃO. GREVE. DEMONSTRADO

QUE HOUVE ERRO NA CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL, SUSPENSO POR FORÇA DE PORTA

RIAS EXPEDIDAS EM RAZÃO DA GREVE DOS SERVIDORES, PROCEDE A AÇÃO RESCISORIA FUNDADA NO ART. 485, IX DO CPC. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM REJULGAMENTO DO

RECURSO ESPECIAL, CONHECIDO E PROVIDO PARA AFASTAR A PRELú\illNAR DE INTEMPES

TIVIDADE (ART. 184 DO CPC)." (STJ, 2• S., AR n. 466/RJ, rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar,j. 13.03. 1996, publicado no D.J de 06.05.1 996, p. 14.362). Em sentido co111rário: "RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO



De acordo com o art. 268

CPC, as sentenças terminativas, que reconheçam

a existência de coisa julgada, perempção ou litispendência (art. 267, V), impedem a repropositura da ação. Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem status semelhante a s daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, 1 esmo que não sejam de mérito16.

A ação rescisória pode im ugnar toda a decisão judicial ou apenas algum ou alguns dos seus capítulos, qmmdo então é designada de ação rescisória parcial.

Decisão que não examinot um pedido é, neste aspecto, inexistente e, portanto, não pode ser objeto de ação r scisória. Não se pode rescindir o que não existe. O

que não é não fica imutável pela coisa julgada e, pois, não pode ser desconstituído.

Decisão que não examinou u1r fundamento de ataque ou de defesa, mas examinou o pedido, existe, portanto pode ficar imutável pela coisa julgada material, porém tem um defeito que autoriza sua rescisão, em razão da violação aos arts. L 28 e 460 do CPC. É neste sentido que se deve compreender a Orientação Jmisprudencial n. 4 l , da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho: "Ação Rescisória. Sentença

'cifra petita '. Cabimento. Revdando-se a sentença 'citro petita ', o vício processual vulnera os a1ts. 1 28 e 460 do CPC, tornando-a passível de desconstituição, ainda que não opostos embargos declaratórios".

O STJ entende, porém, que "se o órgão julgador se omitir em estabelecer honorários advocatícios e a sentença tr<msitar em julgado Uulgamento final), estes não podem ser cobrados em ação próp ·ia" (Corte Especial, R_Esp. n. 886. 1 78/RS, rei. Min.

Luiz Fux, j. em 02. 12.2009. julgamento pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos). Nesse julgamen o, afirmou-se, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de futura ação rescisória, se:n que se saiba, entretanto, o que será alvo de rescisão, já que não houve decisão a n:speito da questão relativa aos honorários advocatfcios.

Sobre o tema, remete-se o 1.:itor ao item respectivo no capítulo sobre embargos de declaração, neste volume do Curso.

RESCISÓRJA. ARTIGO 485, V, C PC. Oí'ENSAA LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. O r<·curso especial, lançado contra acórdão que julgou improcedente ação rescisória por não constatar contra ·iedade à literalidade de lei, eleve demonstrar ofensa ao art. 485. V, do CPC, e não apenas atacar os funda nentos da decisão rescindenda. Acórdão que não conhece de apelação diante da irregularidade no instrun ento dC' mandato não veicula provimento jurisdicional ele mérito, para o fim de ensejar ação rescisória. Recurso especial não conhecido". (STJ, 4• T., REsp o. 489.562/SE, rei.

Min. Cesar As for Rocha. j. cm 19.1)8.2003, publicado no DJ de 06. I 0.2003. p. 277).

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. !ntn dução t10S recursos cfreis e à ação rescisória. 2 ed. cit., p. 5 0 1 : YAR

SHELL, Flávio Luiz. Ação rescisc.ria. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 1 63-1 64. Também nessa linha, TFR. 2•. Seção, AR n. I .50 IIRJ. rei Min. Fduardo Ribeiro. No mesmo sentido, admitindo a ação rescisória: acórdão da 2' Turma do STJ, REsp 1.217.321 /SC. rei. originário Min. Herman Benjamin, rei. para acórdão Min. Mauro Campbcll Marques, _. 18110'2012. Em sentido contrário, não admitindo a rescisória nessa situação, acórdão cio STF, AR n. 1 .056-6/GO,

rei. Min. Octávio Gallotti, publicado no D.J de 25.05.2001

e na Revis1a de Processo, São Pau o. RT. n. 1 04. p. 263-272.

398

Açllo RESCISÓRIA

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem

ser cobrados em execução ou em ação própria".

Não se admite a ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 59 da Lei n. 9.099/ 1 995)17, na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 26 da Lei n. 9.86811 999) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 1 2 da Lei n. 9.882/1 999).

O STF vem julgando algumas ações rescisórias contra acórdãos ai i proferidos em processos oriundos de juizados especiais federais. A título exemplificativo, observa

-se, aliás, que o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a AR 1 974 MC/SC, concedeu a tutela antecipada, obstando a produção dos efeitos do acórdão rescindendo. Sendo certo que a Constituição Federal atribui ao STF competência para julgar as rescisórias de seus próprios julgados, parece que tal regra prevalece sobre o disposto no art. 59 da Lei nº 9.09911995, valendo dizer que cabe ação rescisória de decisão do STF, ainda que proferida em recurso extraordinário interposto em processo do juizado especial cível. Em se tratando de sentença de juiz de juizado ou de acórdão de turma recursai, deve incidir a vedação legal, não cabendo ação rescisória. Nos Juizados Especiais Federais, porém, há viva discussão sobre a possibilidade de ação rescisória, tendo em vista o silêncio da respectiva lei. Há decisões em ambos os sentidos. O Fórum Nacional cios Juizados Especiais Federais editou o enunciado n.

44, cuja redação é a seguinte, e que traz a aquela que parece ser a melhor solução:

"Não cabe ação rescisória no .JEF. O artigo 59 da Lei n 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais". Caso se entenda pelo cabimento da ação rescisória contra sentença de juiz de juizado ou contra acórdão de turma recursai, cumpre observar que a competência para seu julgamento será da turma recursai, e não do tribunal a que vinculado o juiz. Nesse sentido, assim entendeu o STJ no REsp 747.447/PR, rei. Min. Laurita Vaz, j. 1 7.08.2006, DJ de 02. 10.2006, p. 302; RTS56/159.

É possível, também, cogitar de coisa julgada material proveniente de incidentes processuais. O incidente processual é procedimento que também tem o seu objeto litigioso (mérito), que, uma vez resolvido em cognição exauriente, pode

dar ensejo à indiscutibi !idade pela coisa j ulgada material. Isso já foi examinado no v. 2 deste Curso. Assim, é preciso admitir, por exemplo, ação rescisória de decisão em conflito de competência18, que é incidente com mérito próprio 1 7. Segundo Roberto Corte Real Curra, o art. 59 da Lei 11. 9.09911995 não se aplica aos Juizados Especiais Federais, de sorte que, na sua opinião, cabe ação rescisória 110 âmbito dos Juizados Federais (0 cabimento da ação rescisória nos Juizados Especiais Federais. Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais. CUNHA. Leonardo Carneiro da (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 229-240.

1 8. Em sentido contrário, STJ, AR n. 3.231-PR, rei. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.2.2007, com argumentos rebatidos no texto: 'T111ta-sc de ação rescisória proposta com f''undarnenlo em ofensa à coisa julgada (art.

485, IV, do CPC), visando à dcsconstituição de decisão unipessoal proferida por ministro deste Superior Tribunal, decidindo conflito de competência. A Min. Relatora esclareceu que, consoante a regra do art. 485

(conflito entre órgãos jurisdicionais em torno da competência para julgar urna ou mais de urna causa), distinto do mérito principal, certamente, mas nem por isso menos habilitado à produção da coisa julgada material. Não se pode esquecer que a competência, embora r ormalmente uma questão preliminar processual, pode também ser uma questão de mérito19• Também se deve admitir rescisória de decisão em incidente de suspeição e impedimento, que veicula questão que, não obstante eminentemente processual, pode reaparecer em outro processo: p. ex., o mesmo juiz diante da mesr1a parte, cuja presença levara ao reconhecimento de sua parcia/idade.20

Em tais situações, há méri.o próprio, que acarreta a formação de coisa julgada material, não devendo mais a questão ser revista (efeito negativo da coisa julgada) e se impondo a observância do quanto decidido (efeito positivo da coisa julgada).

Não sendo mais possível rever a decisão, e dela não cabendo mais qualquer recurso, revela-se admissível a ação rescisória, desde que presente uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.

Enfim, cabe ação rescisó1ia contra decisão de mérito transitada em julgado, ou contra decisão final do processo, que se encarte em uma das hipóteses relacionadas no aii. 485 do CPC, da qual não caiba mais qualquer recurso ou meio de impugnação.

4. LEGITIMIDADE

Tem legitimidade para pr)por a ação rescisória quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular. De igual modo, a rescisória pode ser intentada pelo terceiro juridkamente interessado (CPC, art. 487).

do CPC, somente pode ser resci111 ida 'a sentença de mérito, transitada em julgado'. A decisão proferida em conflito de competência não é !Cntença (seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material), nem soluciona uma questão de mé-ito. Assim. não cabe a propositura de ação rescisória para desconstituí

-la. De todo modo, é importante r.:ssaltar que a rejeição do pedido ora fomiulado não prejudica o direito invocado pelo autor. Na verdade, 1 decisão da Justiça do

Trabalho que transitou em julgado diz respeito à responsabilidade da sociedade pclns débitos apurados na reclamação trabalhista proposta. Essa responsabilidade não fica alterada pelo fat(de o processo ter sido remei ido ao juízo falimentar. Vale dizer, não é só porque o processo correrá no juí7 J da falência que o débito deverá ser submetido ao concurso universal.

A execução pode perfeitamente i 1cidir sobre o patrimônio da sociedade solvente, cuja responsabilidade já foi reconhecida pelo Poder Jud ciário. Precedentes citados: AR 923-PE, DJ 1 3/8/2001 , e AgRg no CC

37.1 75-RJ. DJ 19/12/2003".

19. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa "A competência como questão preliminar e como questão de mérito".

ln: Temas de direito processual - 4• série. São Paulo: Saraiva, 1 989, p. 100.

20. Assim, também, LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos do julgamento do incidente". Revista Dialética de Direito Processual.

São Paulo: Dialética, 2007, n. 48 p. 105

AÇÃO RESCISÓRIA

Ainda que a parte tenha sido revel no processo originário, é-lhe conferida legitimidade para propor a ação rescisória.

Demais disso, pode o Ministério Público propor a ação rescisória, seja na qualidade de parte, seja na condição de fiscal da lei. Nesta última hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação rescisória: a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção21; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Sucede que tal legitimidade "ad causam" do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão resciodenda, não está limitada às alíneas "a" e "b" do inciso I I I do art. 487

do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas (súmula do Tribunal Superior do Trabalho, n. 407).

O Ministério Público tem legitimidade para intentar ação rescisória, quatldo a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei. Tal legitimidade está expressamente prevista no art. 487, III, b, do CPC. Nesse caso, "o autor e o réu que contribuíram para a fraude deverão ser citados como litisconsortes passivos necessários (CPC, art. 47)"22.

Convém apontar o item VI do enunciado n. 100 da súmula do TST: "Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude".

Além do Ministério Público, também tem legitimidade para ajuizar ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei o terceiro juridicamente interessado. Realmente, vindo o terceiro a ser atingido com a fraude decorrente do conluio entre as partes, poderá, indiscutivelmente, ajuizar a rescisória.

Se, no processo originário, tiver havido plural idade de partes, terá igualmente legitimidade para ajuizar a rescisória aquela que não haja participado do conluio.

Até mesmo quem participou do conluio pode ajuizar a ação rescisória; poderá, 2 1 . O pedido de rescisão, nesse caso, somente deve ser acolhido, se o Ministério Público demonstrar e comprovar a existência de prejuízo em razão da falta de sua intervenção. Cumpre, aqui, aplicar a regra geral da teoria de nulidades: somente se anula se houver prcjulzo. A nulidade, como bem esclarece Hugo Alsina (las nulidades e11 el proceso civil: co11ceplo y fi111ció11 de las formas procesaldes. Lima: ARA Editores, 2006, §

5, p. 3 1), é uma sanção decorrente da inobservância da forma imposta cm lei. A função da nulidade não é propriamente assegurar o cumprimento da forma, mas sim a íinalidade assinalada pelo legislador. Diante disso, é forçoso reconhecer que a invalidade deve apenas ser decretada se não atingido o fim desejado.

Noutro termos, somente se anula se houver prejuízo ou se não atingida a

finalidade da intervenção do Ministério Público.

22. BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil l111e1pre1ado. cit., p. 1 .490.



eventualmente, não dispor de interesse de agir, mas terá legitimidade para intentar a rescisória23.

Enfim, a legitimidade para intentar a ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei é do Ministério Público. Tal legitimidade não é, contudo, exclusiva, podendo a rescisória, nesse caso, ser intentada também por terceiro j uridicamente interessado, por ma das partes que não participou do conluio ou, até mesmo, por quem fez parte do conluio.

O art. 472 do CPC estabelece que a sentença faz coisa julgada às paites entre as quais é dada, não beneficianJo, nem prej udicando terceiros. O terceiro, diante disso, não teria, em princípio, legitimidade para intentar ação rescisória, eis que a coisa julgada não o atinge, não o beneficiando nem prejudicando.

Há casos, entretanto, em ue a coisa julgada atinge quem não foi parte no processo. É o caso, por exemplo, do adquirente de coisa litigiosa, que, mesmo não tendo sido parte no proce�so, será alcançado pela coisa julgada (CPC, art.

42, § 3°). De igual modo, há quem, por também ser titular do direito discutido, seja atingido pela coisa julgada, mesmo não sendo parte no processo. É o caso de ação proposta por condômino, postulando de outrem a coisa comum.

O outro condômino que não si;ja parte ou não esteja na demanda será atingido pela coisa julgada. Nesse casll, e porque será atingido pela coisa julgada, ele poderia ingressar no process como assistente litisconsorcial do autor. Além disso, o terceiro que intervém no processo, por uma das formas de intervenção 23. Sobre o assunto, é digna de nota a liçã•> de José Carlos Barbosa Moreira, que assim esclarece: "Resta saber se a legitimidade do Ministério Público �egundo o art. 487, nº Ili, letra b, é exclusiva -ou seja, se unicameme ele se legitima à rescisória, ou também se legitima quem quer que no processo antecedente haja sido pane, e ainda os terceiros juridicame'lte interessados. A colusão em fraude à lei figura entre os pressupostos de rescindibilidade arrolados no lrt. 485 (nº 111,.fine). e não apenas entre os previstos no dispositivo específico referente li legitimidade e o Ministério Público. Por seu turno, o art. 487, nº Ili, não contém qualquer indicação textual no sentieo de limitar ao Ministério Público a legitimação para a rescisória, com fundamento quer aa letra a (e j ·, se mostrou, acima, que a falta de intervenção, quando obrigatória esta, é invocável cm rescisória da pa ·re). qm:r na letra b. Se tiver ocorrido pluralidade de parte, aquela ou aquelas que não haja(m) panicipadc do conluio pode(m). sem sombra de dúvida. plei1ear a rescisão da sentença; assim, v.g., o denunciado, �111 caso de conluio entre o denunciante e a outra parte; o assisten1e, em se havendo conluiado as partes p·incipais. O problema somente se põe quando a rescisória é proposta por algum dos que participaram do C· mluio; mesmo ai, todavia, o que se pode colocar em dúvida. ao nosso ver, é menos a legitimação para a cm sa do que o interesse de agir, por ter o resultado do processo anterior correspondido àquilo que a parte nele pleiteara. Quanto ao terceiro juridicamente interessado, é indiscutível a sua legitimidade". (Co111e111ários a:> Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 1 56). Diferente é a opinião de Eduardo Talamini, segundo quen1 "não parece razoável que as próprias parles envolvidas na colusào possam posteriormente impugnar a >eatença. Vale o princípio geral de que ninguém pode alegar a própria torpeza em seu proveito. Assim, a lt gitimidade ativa caberá a litisconsortes que não tenham participado do conluio, ao Ministério Público e 1 tercci1os (ar!. 487, Ili. b)" (Coisa julgada e sua revisão.

São Paulo: RT, 2005. n. 3.4.4, p. 1 5 1 - 1 52).

402

de terceiro (CPC, arts. 56 a 80), será atingido pela coisa julgada ou pelos efeitos da decisão.

Na verdade, o terceiro juridicamente interessado é legitimado para propor ação

rescisória, "porque a res iudicata, apesar de, nos seus limites subjetivos de eficácia, só operar enlTe as partes, pode atingir de forma reflexa direito de estranhos que não foram pa1tes no processo anterior (p. ex., o substituído processual). Só o interesse jurídico justifica a legitimação, e não o meramente de fato".24

Enfim, "é terceiro legitimado aquele que não participou do processo originário, mas foi prejudicado do ponto de vista jurídico pelo decisum nele proferido, ainda que indiretamente. Então, têm legitimidade ativa na condição de terceiro prejudicado os que poderiam ter ingressado no processo primitivo como assistente - simples ou l itisconsorcial - e litisconsorte. Então, à luz do § 2º do artigo 42, reforçado pelo § 3°, o adquirente e o cessionário têm legitimidade para ajuizar ação rescisória. Também tem legitimidade na qualidade de terceiro o substituído processualmente nos termos do artigo 6°, já que atingido diretamente pela coisa julgada fonnada no processo primitivo que teve como patte o substituto processual.

Por fim, não há corno negar a legitimatio ad causam do terceiro prejudicado por julgado proferido em processo simulado".25

Agora, o estudo da legitimidade passiva.

O Código de Processo Civil, no seu art. 487, regula expressamente a matéria apenas no que se refere à legitimação ativa para a rescisória, não havendo qualquer disposição expressa a respeito da legitimação passiva. Em sede doutrinária, entende-se que todos os partícipes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, como litisconsortes necessários, já que o acórdão que será nela proferido atingin:1 a esfera jurídica de todos. Se o objeto ela ação rescisória só disser respeito a algum ou alguns dos participantes do processo originário, somente esses devem ser citados como litisconsortes necessários, e não todos. Essa hipótese é muito frequente em situações em que houve litisconsórcio facultativo simples, e ação rescisória versa sobre o capítulo da sentença que envolve apenas um ou alguns dos litisconsortes.26

É com essa ressalva, feita ao final do parágrafo anterior, que se deve compreender o inciso I do enunciado n. 406 da súmula do TST: "J - O litisconsórcio, na ação 24. COSTA, Coqueijo. Ação rescisória. 7 ed. Siio Paulo: LTr, 2002, n. 92, p. 120.

25. SOUZA, Bernardo Pimentel. /11/roduçào aos recursos cíveis e à açcio rescisória. 2 cd. cil., p. 533-534.

26. Sobre o assunto, com detalhes, ver BARIONI, Rodrigo. "Legitimidade passiva na ação rescisória". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos aji11S. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambicr (coords.). São Paulo: RT. 20 1 1 . v. 12, p. 379-388.



rescisória, é necessário em rei 1ção ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou d< obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indi visibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não, pela nece>sidadc decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos den ais para retomar a lide".

Bastante esclarecedor é o pr ecedente do STJ que conclui não ser necessária a propositura de ação rescisória por todos os autores ou réus do processo originário.

A ação rescisória, que se submete à regra geral do CPC relativa ao litisconsórcio necessário, pode pretender re5cindir apenas parcialmente a decisão transitada em julgado, que diga respeito a ; lgum item concernente a um ou alguns dos autores da demanda originária. o caso de demandas que contenham mera aglutinação de pedidos diversos, que pod.:riam ser veiculados em demandas separadas, é possível a rescisão parcial da dfcisão. Trata-se, enfim, de hipótese de

litisconsórcio ativo facultativo comum, e ião necessário. essas hipóteses, qualquer um dos primitivos autores poderá intl!ntar a ação rescisória, sem que haja necessidade de um litisconsórcio ativo. De igual modo, a rescisória pode ser proposta apenas cm face de um ou alguns dos lit sconsortes origimírios, sem precisar da formação de um litisconsórcio passivo necessário quanto aos demais. Confira-se, a propósito, o teor da ementa do referido ju gado, por si só explicativa: "PROCESSUAL CIVIL.

AÇÃO RESCISÓRIA. REGIME DE LITISCO SÓRCIO. ACÓRDÃO R.ESCI -

DENDO PROFERIDO EM A ÇÃO l'ROPOSTA MEDIANTE LITfSCONSÓRCIO

ATIVO FACULTATIVO COlllUM. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO PARCIAL.

INCLUSÃO DE LITISCONWRTE APÓS O PRAZO DECADENCTAL DE DOIS

ANOS. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO RESCISÓRJO FORMADO POR MA10RlA.

AUSÊNCIA DE 1NTER.P031ÇÃO DE EMBARGOS INFRlNGENTES. NÃO

EXAURJMENTO DE íNST.\NCIA. SÚMULA 207/STJ. 1. Segundo dispõe o art.

47 do CPC, 'Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica. o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes'. Relativame lle à ação rescisória, não havendo disposição legal a respeito, o litisconsórcio necf ssário somente ocorrerá se a sentença rescindenda não comportar rescisão subjetivamente parcial, mas apenas integral, para todas as partes envolvidas na ação originária 2. Tratando-se de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de prcpositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma ou algumas das demandas cumuladas. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poder.í promover a ação rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da nresma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial dl sentença,

em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessida le de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. 3. Em acão rescisória, não é cabível a inclusão de litisconsorte passivo facultativo após o ranscurso do prazo de dois anos previsto no art. 495, consumado que está, em rei tção a ele, o prazo de decadência. 4. Conforme, o art.

488, 1, do CPC, a ação rescisória comporta dois pedidos: o de rescisão propriamente dito e, cumuladamen e, quando for o caso, o de novo julgamento da causa.

Isso significa dizer que o correspondente julgamento inclui não apenas o i11diciu111

rescindens (= a rescisão, em sentido estrito, da decisão atacada), mas também o do iudici11111 rescissorium, referente ao pedido cumulado. É o que determina o art. 494

do CPC. Havendo juízo de procedência por maioria em qualquer deles individualmente, estará configurada hipótese de desacordo parcial, o que, por si só, enseja a interposição do recurso de embargos infringentes, como deco1Te do disposto na parte final do art. 530 do CPC. Incide, no caso, a Súmula 207 do

STJ: ' É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem'. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido, apenas para julgar extinto o processo em relação a Comercial Oliveira Ltda." 27

Segundo lembra RooRJGO 8ARIONI, "nã.o participará da ação rescisona o litisconsor1e que fora considerado parte ilegítima na sentença ou por decisão anterior. A decisão judicial, ao excluir o litisconsorte, tornou-o terceiro em relação ao mérito"28. Com efeito, se se pretende rescindir a decisão de mérito, não deve integrar o processo formado com o ajuizamento da ação rescisória a parte que fora excluída do processo originário.

Merece consideração especial a possibilidade de que seja legitimado para integrar o polo passivo da ação rescisória terceiro que não integrou a relação processual da ação matriz. Esta possibilidade depende diretamente do pedido deduzido no juízo rescisório.

A possibilidade acima referida relaciona-se perfeitamente com o caso de uma ação rescisória que objetiva exclusivamente a desconstituição do capítulo da sentença reservado à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

O advogado da parte do processo originário, à época um terceiro, apresenta-se, nessa oportunidade, na posição de parte da relação jurídica material que está sendo objeto da discussão em sede de rescisória. Assim, parece claro que essa ação rescisória trnta de questão de interesse somente do advogado e não mais cio seu c.liente/representado, o que torna imprescindível a participação daquele na relação processual estabelecida.29

27. STJ, 1• T., REsp n. 1 . 1 1 1 .092/MG, rei. Min. Teori Albino Zavascki,j. em 28.6.201 1 , publicado no DJe de lº.7.20 1 1 .

28. "Legitimidade passiva na ação rescisória", cit. p. 382

29. A legitimidade passiva do advogado refere-se apenas aos casos em que a ação rescisória dirige-se a desconstituir somente o capítulo da decisão que traia dos honorários de sucumbência. Se a rescisória combate o capítulo principal, sua procedência irú, consequentemente, alingir o capítulo acessório relativo aos honorários. Nesta última hipótese, não há necessidade de o advogado integrar o polo passivo da ação rescisória. Realmente, "não obstante os honorários constituam direito autônomo do advogado, ex vi do art.

23 da Lei 8.90611994 (Estatuto da Advocacia), dispensa-se a presença do advogado no polo passivo da ação rescisória, corno li1isconsorte necessário, pois seu direito é decorrente do direito da parte. Significa dizer que a eventual procedência da ação rescisória para desconstituir o capítulo de mérito da sentença e que no i11dici11111 rescisorium - se houver - reverter o resultado da lide originária, o capitulo da sentença 405





passiva

fREDrE Dro1ER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Enfim, a legitimidade

na ação rescisória deve observar o capítulo da

decisão que se busca rescindir para identificar quem é o titular atual do direito ali certificado, que será a parte legítima nessa ação autônoma de impugnação.

Tudo isso está de acordo com a lição de Barbosa Moreira, quando trata da legitimação passiva na rescisó ·ia: "(. . .) se, no outro processo, havia substituição processual, ocupando algum egitimado extraordinário a posição de autor ou de réu, e subsiste a legitimaçâo extraordinária, é da participação desse substituto que se tem de cogitar na rescisória. (. . .) Ressalve-se que, se se tratar de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um (ou alguns) dos distintos capítulo[illegible], será desnecessária a citação daquele (s) a quem, conquanto parte(s) no proces5o anterior, não diga(m) respeito o(s) capítulo(s) rescindendo(s)"3º. E, para reforçar a ideia de que se deve observar a titularidade

atual do direito litigioso, Barbosa Moreira defende que, tendo havido sucessão inter vivos do objeto do litígio anterior, cabe ao sucessor a legitimação passiva em futura rescisória31•

Permitindo a ação rescisória em face do substituto processual, segue trecho do enunciado n. 406 da súmula Jo TST: "li - O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figlfar como réu na ação rescisória. sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo neces! ário".

5. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO RESCISÓ

RIA

A ação rescisória constit11i demanda de competência originária de tribunal, não devendo ser ajuizada perante juízo de primeira instância, ao qual não compete nem processá-la nem julgá-la. A regra de competência para processamento e julgamento da ação rescisoria resume-se no seguinte postulado: os tribunais julgam as ações rescisórias de seus próprios julgados.

Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e j ulgar as ações rescisórias de seus próprios j 1lgados (CF/88, art. 1 02, I ,j). Ao Superior Tribunal de Justiça cabe processar e j ul gar as ações rescisórias de seus j ulgados (CF/88, art.

1 05, f, e). Já os Tribunais Regionais Federais processam e julgam, originariamente, referente aos honorários advocatic os é atingido naturalmente. É decorrência natural da decisão prejudicial que venha os capítulos depcndenh s da sentença, independentemente de pedido expresso a esse respeito ...

(BARIO 1. Rodrigo. "Legitimid2de passiva na ação rescisória", cit., p. 385-386).

30. Comemários ao Código de Proce ·so Civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998. v. 5, p. 173.

3 1. Comemários ao Código de Proce .so Civrl. 7 cd. cit., p. 174.



as ações rescisórias de seus próprios julgados (CF/88, art. 1 08, I, b). Quanto aos tribunais estaduais, também detêm tal competência originária para processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados, estando, normalmente, tal competência definida em cada Constituição Estadual (CF/88, art. 1 25, § 1 º).

As decisões de mérito proferidas por juízes de primeira instância são desconstituídas, igualmente, por ação rescisória, que deve ser processada e julgada pelo tribunal ao qual está vinculado o juízo que proferiu a sentença.

Assim, proferida a sentença por um juiz federal, a ação rescisória será processada e julgada pelo Tribunal Regional Federal ao qual esteja vinculado o juiz. Por sua vez, a ação rescisória contra sentença de mérito de juiz estadual será processada e julgada perante o respectivo tribunal de justiça. No caso de sentença proferida por juiz estadual investido de jurisdição federal (1 09, § 3º, CF/88), a competência será do Tribunal Regional Federal da respectiva região.

Proferida uma sentença de mérito, e não havendo recurso de apelação, é a própria sentença que transita em julgado, devendo a ação rescisória ser intentada junto ao tribunal ao qual o juízo está vinculado. Caso haja apelação, mas esta não seja conhecida, não é o acórdão do tribunal que transita em julgado. É que, não conhecido o recurso, não se opera o efeito substitutivo previsto no art. 5 1 2

do CPC, restando incólume a sentença de mérito proferida pelo juízo de primeira instância. Nesse caso, é a própria sentença prolatada pelo juízo de primeira instância que transita emjulgado32. Então, a ação rescisória será intentada perante o tribw1al ao qual está vinculado o juízo, objetivando desconstituir a sentença, e não o acórdão. Se, diversamente, a apelação for conhecida, há os seguintes resultados possíveis: a) não provida; b) provida, para refonnar a sentença; c) provida, para anular a sentença.

Nas hipóteses a e b, opera-se o efeito substitutivo. Realmente, conhecida a apelação e não sendo provida, o acórdão do tribunal substitui a sentença do juízo de primeira instância. De igual modo, se a apelação restou conhecida para, diante de um errar in iudicando, reformar a sentença, será produzido o efeito substitutivo33, ou seja, o acórdão do tribunal passa a substituir a sentença prolatada pelo juízo de primeira instância. Diante do efeito substitutivo, se não houver outrns recursos ou se os que forem intentados não vierem a ser conhecidos, é o 32. Com efeito, '"somente quanto à parte conhecida é que existirá o efeito substin1tivo do recurso. No mais, remanesce íntegra a parle da decisão que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal." (NERY JR., elson. Teoria Geral dos Recursos. 6 ed. cit., p. 489).

33. NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6 ed. cit., p. 488-489; RODRIGUES NETIO, Nelson.

Recursos 110 processo civil. São Paulo: Dialética, 2004, n. 1.6.6, p. S 1-52.



acórdão proferido pelo tribunal que transita em julgado34. Positivada a hipótese, a ação rescisória deve ser ajuizada no próprio tribunal que exarou o acórdão. Já na hipótese posta sob e, não se produz o efeito substitutivo. É que, naquele caso, a decisão recorrida foi anulada, mercê da existência de um error in procedendo.

Não há efeito substitutivo, mfü sim efeito rescindente, devendo os autos retomar ao juízo de primeira instância ara que ali seja proferida outra sentença.

Ainda nas hipóteses a e b, se contra o acórdão proferido pelo tribunal for interposto recurso especial, e este vier a ser conhecido (e não provido ou provido para reformar o acórdão recorrido), é a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça que irá transitar em JUigado, devendo a ação rescisória voltar-se contra tal decisão e ser ajuizada no oróprio Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, se contra o acórdão do tribunal local for interposto recurso extraordinário, e este vier a ser conhecido (e não provido ou provido para refonnar o acórdão recorrido), opera-se o efeito substitutivo, devendo a rescisória rebelar-se contra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual competirá processá-la e julgá-la.

Cabe, portanto, ao tribun.il processar e julgar as ações rescisórias de seus

próprios julgados, assim considerados quando proferidos em ações originárias ou no âmbito recmsal, desde que conhecido o recurso e operado o efeito substitutivo previsto no art. 5 1 2 do CPC.

Ao STJ cabe, corno já se viu, processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados. A propósito, há uma situação interessante que é digna de nota.

As causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou re:>idente no Brasil são processadas e j ulgadas, em primeiro grau de jurisdição, pela primeira instância da Justiça Federal (CF/88, art. 1 09, I I) . Da sentença pr ferida em tais causas cabe recurso ordinário para o STJ, não cabendo apelação nem agravo de instrumento para o TRF; a causa, enfim, não passa pelo TRF, de forma que o segundo grau de j urisdição é exercido pelo STJ. Interpost o recurso ordinário em causa dessa espécie, se o STJ dele conhecer, é o acórdão que transita em julgado, cabendo a rescisória perante o próprio STJ.

34. "Em geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passara em julgado, era decisão ainda ineficaz. Como o órgão ad quem conheceu do recurso, ela jamais alcançará a a11c1oritas rei i11dica1ae. Transitará em julgado, sso sim, a decisão do órgão ad quem - com ressalva da possibilidade, que acaso exista, de vir ela tambél'l, por sua vez, a ser impugnada através de outro recurso". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ário.1 ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 355).

AÇÃO RESCISÓRIA

O curioso, em casos da espécie, é quando o recurso ordinário interposto não for conhecido. A ação rescisória, no particular, é proposta em que tribunal? No TRF ou no STJ? A questão é interessante, porque, quando transita em j ulgado a sentença (e não o acórdão), a rescisória é cabível perante o tribunal ao qual o juiz está vinculado (geralmente, o juiz federal está vinculado ao respectivo TRF). Só que, nesses casos, ele está vinculado ao STJ. Por outro lado, o art. 1 05, I , e, da Constituição Federal dispõe que compete ao STJ processar e julgar as rescisórias de seus julgados. Não há previsão constitucional para o STJ julgar ação

rescisória contra sentença de primeira instância. Estando, contudo, o juiz a ele vinculado, deve a rescisória ser proposta no STJ. Noutros termos, a rescisória ataca a sentença, mas será proposta no STJ, em razão da vinculação do juiz, em causas desse tipo, àquele tribunal superior.

Finalmente, é importante tecer considerações sobre dois enunciados da súmula da jurisprudência predominante do STF.

Primeiro, o de n. 249: "É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida". Esse enunciado tem um erro técnico: onde se lê "não tendo conhecido"

leia-se "não tendo provido", tendo em vista que, se o STF examinou a questão discutida, houve exame de mérito do recurso, não sendo correta a menção ao não-conhecimento35•

Há quem defenda que, se a ação rescisória intenta a rescisão de acórdão de tribunal local, tendo sido, entretanto, examinada a questão pelo STF, a hipótese é de carência de ação e, pois, extinção do processo sem exame de mérito, e não de incompetência. Eis a lição de Cândido Dinamarco: "Insisto ainda nessa distinção: a) se proponho perante o tribunal local uma ação rescisória tendo por objeto um acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a questão se resolve em termos puros de competência, porque um órgão judiciário não é competente para rescindir acórdão de outro (e muito menos de um Superior); b) mas quem pede ao tribunal do Estado a rescisão de acórdão dele próprio não incorre em incompetência, ainda quando esse acórdão houver sido substituído por um do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça: o que falta é a condição de ação definida como interesse ele agir, dada a inutilidade ela pretendida rescisão"36. "O erro cio autor não pode ser 'corrigido' ex officio pelo tribunal x, com remessa dos autos ao tribunal y - que seria (seria: não é) competente, caso o autor houvesse identificado ele maneira correta a decisão rescindenda.

O que cabe a relator fazer, percebendo o equívoco, ao proceder à (indispensável . . .) 35. Sobre o Lema, DINAMARCO, Cândido Rangel. "Ação rescisória, incompetência e carência de ação".

A nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 267-279.

36. "Ação rescisória, incompetência e carência de açfio", cil., p. 267-279.



leitura da inicial, é abrir ao demandante a oportunidade de retificar (se quiser!) a petição (art. 284, caput)".31

Em segundo lugar, o de n. 5 1 5 : "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal , apreciada no recurso extraordinário ou no agravo ele instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório". Tendo em vista que a questão não fora examinada pelo STF, não houve substituição . pois, a competência não poderia ser deste tribunal superior.

Em suma, há de se destacar duas hipóteses diversas: a) rescisória em tribunal local, pedindo rescisão de acórdão do STF ou STJ. O caso é de incompetência, devendo o tribunal determina · a remessa dos autos ao STF ou STJ, respectivamente; b) rescisória em tribu1 ai local, pedindo rescisão de acórdão do próprio tribunal local, mas que fora substituído por acórdão do STF ou STJ (CPC, art.

5 1 2). Nessa hipótese, eleve ser extinta a rescisória, pois o que se pede é a rescisão de acórdão que não mais exi»te, pois fora substituído por decisão de tribunal superior; deveria ter sido requ rida a rescisão do acórdão do STF ou do STJ.

A tais hipóteses acresce uma terceira: rescisória ajuizada no STF ou no STJ,

pedindo rescisão de acórdão cio próprio STJ ou STF, em caso no qual o STJ ou STF não examinou o mérito. esse caso, deveria ter sido ajuizada a rescisória no tribunal local, requerendo rescisão do acórdão proferido no próprio tribunal local. O caso não é simplesml!nte de incompetência, com remessa dos autos ao tribunal local, mas de extinção do processo, identificando-se com a hipótese da letra b supra indicada. Tal situJ.ção foi enfrentada pela 1 ª Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Declc_ração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Ação Resci ória n. 3.41 8/DF, estando assim redigida a ementa do acórdão:

"PROCESSUAL CIVI L- EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -AÇÃO RESCISÓ

RIA- ÚLTIMA DECISÃO E MÉR ITO PROFERIDA PELO TRF DA PRI MEi RA REGIÃ O - COMPETÊ CIA- EXTINÇÃODO FEITO SEM JULGAMENTO DO

MÉR.ITO- rNAPLLCABlllDADE DOART. 1 1 3, § 2º DO CPC - PR.ECEDENTES.

1 . A equivocada fom1ulaçào Je rescisória, em que se indicou incorretamente o acórdão passível de rescisão, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, não sendo possível a correçâ<' do pedido inicial pelo órgão j udicante. 1naplicabi1 idade do a1t. 1 1 3, § 2º, do CPC.

2. Embargos de declaração f·colhidos em parte, para afastar a remessa dos autos ao TRF da Primeira Região.'" 3'

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. • 'omemtirios ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 203.

38. Acórdão da 1' Seção do STJ, EDcl n is EDcl nos EDcl na AR 341 8/DF, rei. Min. Eliana Calmon,j. 8110/2008, DJe 20/1 012008.

AÇÃO RESCISÓRIA

Finalmente, há uma quarta hipótese há ser considerada. É possível que a rescisória seja parcial, atacando apenas um ou alguns capítulos do acórdão rescindendo. Nesse caso, a rescisória deve ser processada e julgada perante o tribunal que julgou o respectivo capítulo. Assim, por exemplo, se foi proposta uma demanda originária, postulando X, Y

e Z. Imagine-se que o juiz de primeira instância rejeitou os três pedidos, vindo a parte a recorrer para insistir apenas nos pedidos X e Y. Transitou em julgado a

decisão no tocante ao pedido Z. Ju lgado o caso pelo tribunal, suponha-se que o recurso especial interposto volta-se apenas em relação a X. Transitou em julgado a decisão do tribunal quanto a Y.

Em seguida, o STJ conhece do recurso especial e o julga em relação a X . Nesse caso, a rescisória será proposta perante o tribunal local quanto a Y e Z, devendo haver outra rescisória, ajuizada perante o STJ, para tratar de X. Sendo os capítulos independentes, cada rescisória será ajuizada no respectivo tribunal. Se, entretanto, houver relação de dependência entre os capítulos, de forma que Y e Z sejam dependentes ou acessórios de X, a rescisória será proposta apenas no STJ, onde transitou em ju lgado o capítulo principal, a qual, sendo procedente, abrangerá os capítulos dependentes39.

6. O PRAZO PARA AJU IZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓR J A

A ação rescisória deve, nos termos do a1t. 495 do CPC, ser ajuizada n o prazo de 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado da decisão.

A Fazenda Pública, que goza da prerrogativa inscrita no art. 1 88 do CPC, não dispõe de prazo em dobro para propor ação rescisória. Com efeito, "encerrando o art. 1 88 do CPC uma norma de prerrogativa ou uma norma excepcional, a disposição ali contida há de ser interpretada de maneira l i teral ou restritiva. Desse modo, a Fazenda Pública somente goza dos prazos estendidos para contestar e recorrer, não alcançando os demais atos processuais".40Na verdade, "quando a Fazenda Pública utiliza algum dos sucedâneos recursais ou das ações autônomas de impugnação, não goza do prazo em dobro, eis que esta prerrogativa aplica-se, tã.o somente, aos recursos. Assim, caso algum desses meios impugnativos esteja submetido a prazo de ajuizamento, esse prazo não será computado em dobro para a Fazenda Pública. Não é por outro motivo, aliás, que a Fazenda Pública não dispõe de prazo em dobro para propor ação rescisória".41

A Medida Provisória nº 1 .577, de 1 1 de junho de 1997, em seu art. 4°, duplicou o prazo do art. 495 para a Fazenda Pública, ele forma que esta passaria a dispor de 4 (quatro) anos para intentar ação rescisória. Em reedições posteriores, a referida Medida Provisória estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos para a Fazenda Pública 39. Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi ele Medeiros. A ação rescisória e a problemática elos capítulos ele sentença.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). Q11es1ões aluais sobre os meios de impugnação conlra as decisões judiciais. Belo l lorizontc: Fórum, 2012, p. 2 1 8-220.

40. CUNHA, Leonardo José Carneiro ela. A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Dialética, 2003, p. 33.

4 1 . CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo, cit., p. 49.

4 1 1



propor ação rescisória. A mencionada Medida Provisória teve sua constin1cionalidade questionada no Supremo Trirunal Federal, mercê do ajuizamento, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1 .753, tendo sido concedid1 a liminar para suspender a vigência do dispositivo42.

Novamente, a regra que conleria prazo em dobro para a Fazenda Pública ajuizar ação rescisória foi ressuscital a por superveniente Medida Provisória. O Conselho Federal da Ordem dos Advogr dos do Brasil ajuizou, então, a Ação Direta de lnconstitucionalidade nº 1 .9 1 O, renr vando os argumentos da Ação Direta nº 1 .753, para postular, desta feita, o reconhe-:imento da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1 . 703-1 8, de 27 de outubrc de 1 998, vindo o STF a reconhecer, igualmente, sua inconstitucional idade43.

Tudo isso significa que, atualmente, o prazo previsto no art. 495 do CPC

é igual para todos, inclusive para a Fazenda Pública, que, nesse particular, não dispõe de prazo diferenciado nem de prerrogativa específica. Bem se percebe que tais precedentes demonslrnm que a Corte Suprema não tolera aumento de prazo que culmine no retardamento e.a execução, no que prejudica a parte vitoriosa; há, enfim, por parte do Supremo 1 ribunal Federal, uma forte resistência a mudanças drásticas na ação rescisória44•

Sem embargo desse entendin ento manifestado pelo STF, a consolidar a orientação de que o prazo para ajuizame1 to da ação rescisória é de 2 (dois) anos, sem se admitir lapso superior que beneficie a Fazenda Pública, impende registrar que há uma hipótese especial de prazo para a ação rescisória prevista no art. 8º-C da Lei nº 6.739, de 5 de dezembro de 1 979, de cujo teeor se extrai a seguinte dicção: "Art. 8º-C. É de oito anos, contados do trânsito emjulgac o da decisão, o prazo para ajuizamento de ação rescisória relativa a processos que digam respeito a transferência de terras públicas rurais."

Esse art. 8°-C da Lei nº 6.739/J 979 foi inserido pela Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001 .

Como se vê, o prazo para aj1 izamento de ação rescisória de decisão transitada em julgado que trate da transferê 1cia de terras públicas rurais é de 8 (oito) anos. A regra considera o grave problema de grilagem de terras públicas, situação reconhecidamente complicada no Brasil. desde o século XLX.

Em síntese, é possível afirriar que, nessas hipóteses de transferência de terras públicas rurais, a referida nC>rma quadruplico11 o prazo para ajuizamento da ação rescisória, sendo, na espécie. de 8 (oito) anos.

À primeira vista, a regra poderia ser tachada de inconstitucional, por ampliar demasiadamente o prazo da rescisória, atentando contra a coisa julgada e a segurança jurídica. Restaria ofendido, ressa situação, o devido processo legal substancial, por 42. STF, Pleao, ADI n. 1753 MC/DF rei. Mia. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.1998, publicado no DJ de 12.06.1998, p. 5 1 .

43. Sobre o assunto, consultar, por lodo ,: RÊOO, Bruno Noura d e Moraes. Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Const//11cio11alidade das Leis no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001 , p. 5 1-6 1 .

44. RÊGO. Bruno Noura de Moraes.

Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Comrole de Co11stit11cionalidade das Leis no /Jrasil, ﷺit., p. 57.

conter nom1a sem razoabilidade. Aliás, já se viu que o STF, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1 .753 e nº 1 .9 1 O, considerou abusivo e inconstitucional o aumento do prazo da ação rescisória para 4 (quatro) e 5 (cinco) anos em favor da Fazenda Pública, não tolerando aumento de prazo que culmine no retardamento da execução, do cumprimento ou da efetivação da decisão transitada em julgado.

Impõe-se acentuar, contudo, que tais precedentes consideraram inconstitucional

o aumento do prazo para o ajuizamento de qualquer ação rescisória, por ser evidente o abuso normativo. No caso do art. 8º-C da Lei nº 6.739/1979, há uma peculiaridade: a regra se destina a casos específicos de transferência de terras públicas rurais, permitindo a revisão de decisões que consolidaram grilagens ou transferências ilegais de bens públicos.

A regra não está a majorar, indistintamente, o prazo para ajuizamento da ação rescisória, mas somente para esses casos específicos de transferência de terras públicas rurais. Aplica-se, no particular, o princ ípio da adequação.

Para que o processo possa alcançar a máxima eficiência, seu procedimento e suas regras devem ajustar-se às peculiaridades do sujeito, do objeto e da finalidade45•

O processo, como se costuma afirmar, é um instmmento que deve adaptar-se aos valores e fins jurídicos do direito material envolvido na causa.

Daí ser forçoso concluir que o ait. 8º-C da Lei nº 6. 739/ 1979 não se revela atentatório ao princípio da razoabilidade, não sendo inconstitucional.

É do devido processo legal que se extrai o princípio da razoabilidade, dirigindo-se ao legislador: não deve o legislador editar nonnas que contenham previsões absurdas, que destoem da razoabilidade. Em outras palavras, o princípio da razoabilidade dirige-se ao legislador, exigindo que este, ao limitar direitos individuais, verifique a legitimidade dos.fins da medida adotada.

Segundo esclai·ece Humberto Ávila, a razoabilidade pode ser encarada em vários sentidos. Num desses sentidos, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das nonnas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência.

Logo, não haverá razoabilidade quando o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. Em outro sentido, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas, ou seja, entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.46 Logo, um ato não atenderá ao princípio da razoabilidade, quando não for justificável no sistema, e não em virn1de da ofensa a nonnas constitucionais explícitas. Nesse caso, haverá ofensa ao conteúdo substai1cial da cláusula do devido processo legal, mercê da ilegitimidade dafinalidade escolhida pelo legislador.

Na hipótese do art. 8°-C da Lei nº 6.739/1 979, desponta justificável no sistema a fixação de prazo diferenciado para ação rescisória contra decisão transitada em julgado que trate de transferência de terras públicas rurais. Há grave problema de grilagem de terras públicas no Brasil, sendo plenamente legítima a finalidade esco

Uiida pelo legislador de salvaguardar os bens públicos, em atendimento ao princípio 45. LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo 1, vol. VIH, 5" edição. Rio de Janeiro: Forense, 1 993, pp. 1 8-20.

46. Á VILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3• edição.

São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 102- 1 1 1



da adequação, a impor que o p ·ocesso se ajuste às peculiaridades do direito invocado, com o alcance dos fins colimJdos pelo legislador.

A Fazenda Pública não dispô, enfim, de prazo direrenciado para o ajuizamento da ação rescisória, salvo nos carns de transferência de terras públicas rurais, hipótese em que o prazo é de 8 (oiro) Jnos.

Ora, já se viu que a ação rescisória tem natureza de ação descoostitutiva ou constitutiva negativa. Signifk1, então, que seu ajuizarnento decorre do exercício, pela parte autora, de um direito potestativo à desconstituição da coisa j ulgada. O

prazo de seu ajuizamento é, portanto, decadencial. E, sendo assim, não se prorroga, nem se suspende, nem se interrompe.

O STJ decidiu que, por ser e ecadencial. o prazo para o ajuizamento da ação rescisória não corre contra incap:izes (art. 208 do Código Civil) - STJ. 4ª T., REsp n.

1 . 1 65.735, Rei. Min. Luis Felipe Salomão,j. cm 6.9.201 1 .

O exercício do direito po estativo é o modo pelo qual se impede a consuma

ção da decadência; e esse exercício, no caso, se dá pela propositura da demanda rescisória. Sucede que a lei determina um ato específico como o identificador do exercício cio direito de rescindir; este ato é a citação. Apenas a citação válida obsta a consumação da decadência

caso, vigem os §§ 2° e 3° do art. 2 1 9, c/c com o

a11. 220, todos do CPC. Havendo litisconsórcio, todos devem ser citados na forma desses parágrafos. Como obberva José Carlos Barbosa Moreira:

"Sendo de decadência. o prai'O do art. 495 não se suspende nem se interrompe nos casos previstos em lei para a suspensão ou a intem1pção dos prazos prescricionais. A citação inicial válida, entretanto. O.)sta à consumação da decadência (art. 220, combinado com o art. 2 1 9, capul,jine), retroagindo o efeito obstativo à data da propositura da ação (art. 2 1 9. § 1 º), desde e ue observados os preceitos cios §§ 2° e 3º; nessa hipótese.

portanto. basta que a ação enha sido proposta dentro cio biênio, pouco importando que o réu já venha a ser citado fora dele. Se a citação não se realizar com observância dos prazos cios §§ 2º e 3°. s[illegible]rá preciso, para impedir (sendo possível!) a consumação da decadência, que o réu seja efetivamente citado no prazo do biênio".47

E arremata o autor:

"Todavia, a retroação cio e feito impeditivo fica condicionada a que o autor promova a citação cio réu nos l l l dias subsequentes à prolação do despacho, admitida a prorrogação até o máxim•1 de 90 dias (art. 2 1 9, §§ 2° e 3º, combinado com o art.

220). Caso a citação não se efetue com a observância desses prazos, a consumação da decadência não se haverá por obstada na data do despacho liminar (art. 2 1 9, §

4º. combinado com o art. 220); o efeito impeditivo apenas se produzirá na data da própria citação, se até lá 1inda não se tiver extinguido o direito. Essas noções são muito relevantes para a c• meta aplicação da norma do art. 495"."8

47. ÁVILA, Humberto. Teoria dos vrincipios: da definição à aplicação dos principiosjurídicos. 3' edição.

São Paulo: Malheiros, 2004, pp 102- 1 1 1 .

48. Comentários ao Código de Pro ·esso Civil. 7 ed. cit.. p. 188-1 89.



AÇÃO RESCISÓRIA

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória está previsto em lei, mais precisamente no referido art. 495 do CPC. Logo, trata-se de decadência legal, devendo o tribunal conhecer de oficio a situação que retrate ter sido a rescisória intentada além do prazo ali previsto.

A propósito, cumpre recordar que o Código Civil estabeleceu a distinção entre decadência legal e decadência convencional. Como é intuitivo, a decadência será legal, quando for estabelecida por lei, sendo convencional, quando prevista em

contrato, estatuto ou convenção. Em se tratando de decadência legal, o juiz deve de ofício apreciá-la, decretando-a (CC/2002, art. 2 1 O). Já a decadência convencional não pode ser apreciada de oficio pelo juiz ou tribunal, se bem que a parte a quem aproveita possa alegá-la em qualquer grau de jurisdição ordinária (CC/2002, art. 2 1 1).

Assim, ao relator se confere o poder de indeferir, desde logo, a petição inicial da ação rescisória, quando ajuizada além do biênio previsto no referido dispositivo legal (CPC, art. 490 c/c art. 295, IV). Não indeferida a petição inicial, a questão não será acobertada pela preclusão, podendo, ainda, o relator constatar a decadência e extinguir o processo, após a fase postulatória, aplicando-se o a11. 329 do CPC, em razã.o da remissã.o feita pelo art. 491 do mesmo diploma processual49, com o que procederá com o "julgamento conforme o estado do processo". Em qualquer caso, da decisão do relator que, reconhecendo a decadência, extinguir o processo, caberá agravo interno ou regimental para o colegiado competente para o julgamento da açã.o rescisória50, ou, dependendo da hipótese, poderão ser opostos embargos de declaração51 •

Caso o relator não extinga o processo, por decisão isolada, poderá a decadência ser reconhecida no julgamento pelo colegiado, como questão preliminar ao exame ela própria açã.o rescisória, vindo, então, a ser extinto o processo com julgamento do mérito.

A partir do trânsito em j ulgado da decisão final, inicia-se a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Ora, a coisa julgada material opera-se 49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. cit., n. 132, p. 1 99-200; SOUZA, Bernardo Pimenicl. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. cil., p. 532.

50. SOUZA, Bernardo Pimentel. l11troduçcio aos recursos cíveis e à açcio rescisória. 2 ed. cit., p. 532.

5 1 . Já é pacífico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento, segundo o qual são cabíveis embargos de declaração contra decisão isolada ele relator, se bem que o Supremo Tribunal Federal, conquanto entenda serem cabíveis os embargos contra decisão interlocutória, não admite sua oposição contra decisão proferida, isoladamente, por um de seus ministros. A propósito, conferir: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Embargos de Declaração contra Decisão lnterlocutória e contra Despacho". Revista Dialélica de Direito

Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 1 1 , p. 97- 1 O 1 .

4 1 5



d

l

s



quando a decisão não está mais sujeita a qualquer recurso (CPC, art. 467). De fato, na dicção do § 3° do art. (iº da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "chama-se coisa julga a ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso". Em outras pa avras, não cabendo mais recurso, haverá, então, coisa julgada.

Ocorre, porém, confonne visto no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, que a data do trânsito em julgado corresponde à data do trânsito em julgado da última decisão. Com efeito, o prazo previsto no art. 495 do CPC somente flui quando é possível à parte ajuizar a ação rescisória. No particular, incide o princípio da utilidade, segundo o qual nenhum prazo pode ter curso quando é impossível sua utilização. Assim, interposto um recurso, enquanto este não vier a ser apreciado, não se pode ajuizar ação rescisória52• Se o recurso vier a ser inadmitido, é a partir do trânsito em julgado da deci□ão que não o admitir que se inicia o prazo para a propositura da ação rescisória51. É que, antes disso, não se viabilizava o ingresso da rescisória, por falta de um de seus requisitos: o trânsito em julgado. Não fosse assim, dever-se-ia aceitar o aju izamento de ação rescisória condicional, que seria intentada, para evitar a consumação de decadência, e ficaria na pendência de ser ou não admitido o recurso interposto54•

Como não se aceita ação rescisória condicional, o entendimento que vem prevalecendo aponta no sentido de que o prazo previsto no art. 495 do CPC somente tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que esta tenha se restringido a não admitir determinado recurso. É que, a não ser assim, a parte iria, não raras vezes, deparar-se com situações, no mínimo, esdrúxulas. Imagine-se que, irterposto o recurso, e ultrapassado tempo

superior a 2 (dois) anos, sobreviesse de:isão do tribunal declarando inadmissível o recurso. A se considerar que o trânsito em julgado operou-se antes da interposição do recurso, não baveria mais prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Convém reler o item dedicado à natureza jurídica do juízo de admissibilidade, no capítulo sobre a teoria geral dos recursos55.

52. COSTA, Coqueijo. Ação rescisória. 7 ed. Sfto Paulo: LTr, 2002, n. 128, p. 1 8 1-1 85.

53. PORTO, Sérgio G ilberto. Comentár os ao Código de Processo Civil. cit., p. 393-397.

54. CARNEIRO, Alhos Gusmão. "Ação Rescisória. Embargos de Declaração e sua Influência na Contagem do Biênio Decadeacial". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 12, p. 159-161.

55. Diferente foi o entendimento manifl·stado pelo STF na AR 1 .472-DF, rei. Min. Marco Aurélio, em cuja ementa se afinua que "O lermo inicial de decadência para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado do ti tu o rcscindendo. Recurso inadmissível não tem o efeito de empecer a prcclusão:· (cf. Informativo STF, n . .\91). No mesmo sentido: acórdão da 1ª Turma do STF, RE 444.816, rei. Min. MarcoAurélio,j. 29/5/2012. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-1 68 DIVULG 24-08-2012 PUBLIC

27-08-20 12.

AÇÃO RESCISÓRJA

Bem interessante, a propósito, é o acórdão da 3ª T. do STJ no AgRg no Ag l .2 1 8.222/MA, rei. Min. Sidnei Beneti, j. em 22.06.20 1 0, publicado no DJe de 0 1 .07.20 1 0: "II. Não demonstrada a má-fé do recorrente, que visa reabrir prazo recursai já vencido, o início do prazo decadencial se dará após o julgamento do recurso tido por intempestivo. Precedentes".

Mas há outra questão muito tormentosa: a ação rescisória de capítulo da sentença.

I mpugnada apenas parcialmente a sentença, os capítulos não impugnados transitam em julgado, operando-se a coisa julgada material56. A paitir desse momento, inicia-se o prazo para o ajuizamento da ação rescisória. É que, na dicção do art. 495 do CPC, a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado. Operando-se o trânsito em julgado, inicia-se a contagem do prazo, que, como visto, é decadencial, não se interrompendo, nem se suspendendo. Correto, portanto, o n. I I do enunciado 1 00 da súmula da sua jurisprudência predominante do TST, que assenta: "II - Havendo recurso parcial no processo principal, o tTânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tomar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial".

Não tem sido esse, contudo, o entendimento do STJ. Sua jurisprudência finnou

-se no sentido de que, mesmo em casos de recurso parcial, somente se inicia o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, depois de esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso57. Tal entendimento consolidou-se, constando do enunciado n. 40 l da súmula de jmisprudência do STJ, que está assim redigido: "O

56. Isso não ocon-c para os capítulos dependentes. Ajuizada ação rescisória contra o capítulo condicionante, os dependentes também estão abrangidos, " ... pois estes acompanham o destino do principal, não havendo a possibilidade do Lrfü1sito em julgado destes anteriormente ao do principal" (PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "A ação rescisória e a problemática dos capítulos de sentença". CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). Questões atuais sobre os meios de impugnação contra as decisões judiciais .. Belo Horizonie: Fórum, 2012, p. 224).

57. "PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO DECADENCIAL -

TERMO A QUO. 1. O lermo inicial para ajuizamento da ação rescisória é a data do trânsito em julgado da última decisão da causa, independentemente de o recurso ter sido interposto por apenas uma das partes ou u quest.'io a ser rescindida não ter sido devolvida ao Tribunal. 2. O trânsito em julgado material somente ocorre quando esgotada a possibilidade de interposição de qualquer

recurso. J. Afasta-se tese cm contrário, no sentido de que os capítulos da scnlença podem transitar cm julgado em momcnlos distintos. 4. Recurso especial provido." (STJ, 2" T., REsp n. 415.586/DF, rei. Min. Eliana Calmon,j. 1 2 . 1 1 .2002, publicado no D.J de 09.1 2.2002, p. 328). No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, ER Esp n. 404. 777/DF, rei. Min. Fontes de Alencar, rei. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins,j. 03.12.2003, publicado no D.J de 1 1 .04.2005, p. 169.

4 1 7



prazo decadencial da ação resc isória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória somente tem início após o trânsito em j ulgado da última decisão proferida em tudo o processo.

A redação de tal enunciado sumular não é explícita, nem precisa. Ao se analisar os precedentes que lhe deram rigem - de cujas rationes decidendi foi extraída a suma do entendimento -, verifica-se que o STJ realmente entende que o prazo para o ajuizamento da ação rescisó1 ia somente tem início depois de esgotadas todas as vias recursais, ainda que o recUt"so seja parcial. O STJ ignora, enfim, a

possibilidade de sucessivos trânsitos em julgado em um mesmo processo. Embora prevalecente no âmbito do STJ, esse enten imento não se afigura adequado nem correto58.59

Aplicado esse entendimento do STJ, não se deveria admitir ação rescisória contra capítulo de sentença já transitado em julgado, quando ainda há algum recurso parcial pendente. [magine-se, por exemplo, que "A" propõe em face de "B"

ação em que formula os pedidos "x", "y" e "z". Todos os pedidos são julgados procedentes, mas "B" soment recorre ele "z". Enquanto pende tal recurso parcial, não se admite a ação rescisória relativamente aos pedidos "x" e y se bem que

"

",

já estejam alcançados pelo trúnsito em julgado. Será preciso, então, aguardar o julgamento do último recmso em relação a "z" para, então, ser possível ajuizar ação rescisória relativamente a qualquer uma daquelas pretensões. Note, apenas para relembrar, que esse entendimento é contrário àquele firmado pelo TST (súmula do TST, n. 1 00, II).

58. Sobre o assunto, consultar, por todos MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sentença objetivamen1c complexa, trünsito em julgado e rescindibilid:1de'". Revis/a Dialética de Direi/o Processual. São Paulo: Dialética, 2006. 11. 45, p. 52-62.

59. Quando houver, no processo. partes que disponham de prazos diferentes entre si (a exemplo de uma ação proposta por um particular cm face la Fazenda Pública ou de uma ação proposta por alguém representado por defensor público, que, como se ;abe, detém a prerrogativa de prazos cm dobro), o 1rãnsito em julgado somente irá operar-se quando do t :nnino do maior prazo, ainda que beneficie apenas uma das partes.

Nessa hipótese, o prazo para ajuiza'llento da aç�o rescisória só terá início após o transcurso do prazo em dobro, inclusive para a parte que dde não se beneficia. Nesse sentido: .. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO

RESCISÓRIA. TERMO A QUO DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 495 DO

CPC. PRAZOS RECUR

SAIS DIFERENTES PARA CADA UMA DAS PARTES. EM RAZÃO DA 1 CIDÊNCIA DO ART. 188

DO CPC. FORMAÇÃO DA COIS \ JULGADA QUA DO DO TERi\110 FINAL DO MAIOR PRAZO

RECURSAL. 1. A coisa julgada fr rmal é um dado processual objetivo, vale dizer, só ocorrerá quando não for mais possível que as partes se irresignem contra determinada decisão. Portanlo, enquanto houver a possibilidade para que a f'azenda recorra, não se aperfeiçoa o instituto. 2. o caso dos autos, o acórdão transitou em julgado em 14.3.2002 após esgotar-se o prazo em dobro para a Fazenda Nacional interpor recurso, e a ação rescisória foi ajuizJda pclu particular em 12.3.2004 - antes portanto do decurso do prazo dccadencial de dois anos. 3. Rccuno especial provido." (STJ - 2' T., REsp 7 1 8 . 1 64/RS. rei. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1 8. 1 2.2008,)Je 13.02.2009)".

4 1 8



Tal entendimento desconsidera a teoria dos capítulos de sentença e a possibilidade de recursos parciais, limitados na extensão de seu efeito devolutivo, com o consequente trânsito em julgado parcial, a permitir a execução definitiva da parte não impugnada. Ora, fosse correto o entendimento adotado pelo STJ, não seria possível execução definitiva parcial. Toda a execução de parte ou capítulo de sentença, ainda que transitado em julgado tal capítulo, seria provisória, dependendo do resultado a ser produzido com o julgamento do recurso interposto, além de não se viabilizar o levantamento em dinheiro ou a

transferência de domínio sem prestação de caução idônea (CPC, art. 475-0, l l l), ressalvadas as hipóteses expressamente capituladas no § 2º do art. 475-0 do CPC.

Parece, ainda, ser incoerente ou contraditório o entendimento firmado pelo STJ. É que, segundo entende aquela Corte Superior, o trânsito em julgado somente se produziria com o julgamento do último recurso interposto, iniciando-se, em momento único, o prazo para o ajuizamento de qualquer ação rescisória. Embora deva, nesse entendimento, ser único o prazo para o ajuizamento da rescisória, iniciando-se sua contagem sempre na mesma oportunidade para qualquer parte ou capítulo de sentença, a competência para julgamento da rescisória va1ia de acordo com os trechos apreciados por cada tribunal no exame de cada recurso.

Com efeito, o STJ, não obstante entenda que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória deva iniciar-se somente depois do trânsito em julgado da última decisão que apreciou o último recurso, também entende que cabe aos tribunais de segunda instância apreciar a ação rescisória contra os capítulos da sentença transitados em julgado em outro momento.

Enfim, a tese adotada pelo STJ aplica-se para o início da contagem do prazo previsto no art. 495 do CPC, mas não para a fixação de competência, restando por eliminar a possibilidade de execução definitiva de parte ou capítulo de sentença, desconsiderando, ademais, a limitação na extensão do efeito devolutivo sofrida pelo recurso parcial. A parte ou o capítulo da sentença que não fora impugnado terá, para que se mantenha coerência com tal entendimento, de ser executada, sempre, de maneira provisória, obedecendo-se as regras contidas no art. 475-0 do CPC.

Ora, o entendimento manifestado pelo STJ atrita com o ordenamento jurídico como um todo. É que o ordenamento jurídico, por essência, deve manter unidade e coerência60. Realmente, constituindo o Direito um sistema, deve manter as 60. BOBBIO, orberto. Teoria do orde11a111emo jurídico. 1 O" edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 999, passirn.



qualidades de ordenação e de unidade, na medida em que todo sistema contém uma ordem e uma unidade61•

A existência de capítulos de sentença e a possibilidade de recw-sos parciais (CPC, art. 505) acarretam a 0corrência de momentos diferentes para o trânsito em julgado, sendo igualmente diversos os momentos para ajuizamento das ações rescisórias relativas a cada capítulo. Além do mais, é curial que o capítulo não impugnado opmtunamente tra sita em julgado, produzindo coisa julgada material e podendo ser objeto de execução definitiva, sem que se aplique qualquer restrição contida no art. 475-0 do CPC62.

7. HIPÓTESES DE CAB

ENTO

7.1. A causa de pedir na ação rescisória

Cada uma das h ipóteses previstas no art. 485 corresponde a wna causa de pedir suficiente para fundamentar a ·escisão do julgado. "A cada fundamento típico (não a cada inciso) corresponde uma possível causa de pedir. (. . .) Quando

alguém pede a rescisão de sentença com invocação de dois ou mais fundamentos, na realidade está propondo duas ou mais ações rescisórias cumuladas . . . "63

Essa constatação é importante, pois, sendo causa de pedir, questão de fato, o tribunal não pode rescindir a decisão por fundamento não invocado, em razão da regra da congruência (art 128 e art. 460 do CPC). No entanto, "a indicação errônea de um por outro dos incisos do art. 485, todavia (assim como o equívoco na referência à disposição legal supostamente violada, no caso do inciso V), não vincula o órgão julgad r, que pode examinar o pedido, e eventualmente acolhê-lo, à luz do dispositivo adequado, desde que a narração do fato conste da inicial."64 Para que haja essa correção, é preciso que o autor narre o fato apto a permitir a rescisão e apenas erre na indicação do dispositivo violado; não pode o tribunal invocar outra violação à lei, distinta daquela indicada na inicial, sob pena de violar a regra da congruência. Correto o texto do enunciado n. 408 da súmula do TST: "C ontanto que não se afaste dos fatos e fundamentos 61. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pens 1mento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3• ed.

Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisbc>a: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, § 1°, p. 9-23.

62. Para maiores detalhes das críticru ao entendimento do STJ, conterir, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Termo inicial do prazo para ajuizarncnto da ação rescisória, capínilos de sentença e recurso parcial".

Revista de Processo. São Paulo: PT, 2005, v. 120.

63. MOREIRA, José Carlos Barbosa "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". Temas de direiro processual - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205.

64. MORELRA, José Carlos Barbosa "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". Temas de direito processual - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1 989, p. 205.



invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica (iura novit cu ria')."

'

"O órgão julgador, por seu turno, não pode em caso algum apreciar o pedido de rescisão à luz de outra norma, que o autor se haja abstido de dizer violada. Por mais nítida que seja a violação dessa outra norma, se o órgão julgador rescindir a

sentença com base 11ela, infringirá o art. 1 28 do Código de Processo Civil: o fundamento da decisão estará fora dos limites da lide, tal qual submetida à cognição judicial".65 A violação ao dispositivo de lei é a própria causa de pedir da ação rescisória (art. 485, V, CPC) e, como tal, não pode ser alterada de oficio pelo magistrado.

7.2. Prevaricação, concussão e corrupção

Já se viu que a ação rescisória é cabível, quando configurada uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 485 do CPC, que passam a ser analisadas, uma a uma, nos itens seguintes.

Nos termos do inciso 1 do art. 485 do CPC, a decisão de mérito, transitada em j ulgado, pode ser rescindida quando se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou comtpção do juiz.

O Código de Processo Civil de 1 939 previa, em seu art. 798, situação análoga, considerando rescindível a sentença proferida por juiz peitado, ou seja, por aquele que tivesse incorrido em peita ou suborno, tendo, enfim, sido

"subornado, cotTompido com dádivas"66. Na verdade, a peita, no CPC- 1 939, consistia caso de "particular interesse" na decisão da causa (art. l 85, UI), sendo certo que se tratava de hipótese de suspeição. A suspeição, então, constituía caso de rescindibilidade da sentença, contrariamente ao que sucede no regime do atual CPC- 1 97367, em que se tem apenas o impedimento, e não a suspeição, como hipótese de rescindibilidade da decisão de mérito transitada em j u lgado.

Já o suborno correspondia a qualquer ato ilícito de favorecimento pessoal/obtenção de vantagem ou equivalente ao que hoje se define como prevaricação, concussão ou corrupção.

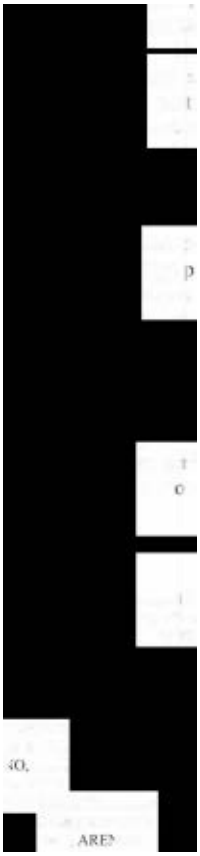
Como se percebe, o termo juiz peitado ostentava uma consi.derável abrangência, incluindo a situação de obtenção, em razão do cargo, de qualquer vantagem, destinada à pro lação de determinada decisão ou de sentença com certo conteúdo, além da situação em que se verificava o "interesse na causa".

65. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 2 1 1 .

66. PORTO, Sérgio Gilberto. Come111ários ao Código de Processo Civil. São

Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 305.

67. MIRANDA, Francisco Cavalcanli Pontes de. Tratado da ação rescisória. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Booksellcr, J 998, § 19, p. 228-229.



NERY

FRl:.DIE D101n. JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Atualmente, é rescindível a sentença dada por prevaricação, concussão ou corrupção. Em outras palavras, cabível será a rescisória, se o juiz tiver praticado uma conduta criminal típica cometendo o crime de prevaricação, concussão ou corrupção. Todos esses são crimes praticados contra a Adm inistração Pública, enquadrando-se no Título X I, da Parte Especial do Código Penal. Tal título é dividido em 3 (três) c apítulos, destacando-se o Dos Crimes praticados porfuncionário público con ra a Administração em geral (Capítulo I), o Dos Crimes praticados por partic ulares contra a Administração em geral (Capítulo I I) e o Dos Crimes praticados contra a administração da Justiça (Capítulo l l l).

Se o juiz profere a seotenç l em razão de preva1icação, concussão ou corrupção, há defeito passível de nulidade, que, com o trânsito em julgado, passa igualmente a dar ensejo à rescindibilidade. Para que seja possível a ação rescisória, o juiz terá que se enquadrar no tipo ena! correspondente a um daqueles citados crimes.

Embora se diga que o intérprete do ati. 485, I, do CPC não deve se ater aos textos de direito penal68, o certo é que a rescisória depende, na espécie, da configuração de um daqueles crimes, tal como definidos no Código Penal69.

Realmente, a ação rescisória, nesses casos, somente será cabível, se estiver configurada a prática cios referidos crimes, tal como definidos no Código Penal.

A exegese ampliativa, que recomenda não dever o intérprete ater-se ao texto de direito penal, não deve serpe fühada. E isso porque os termos prevaricação, concussão ou corrupção não sã conceitos vagos nem contêm termos juridicamente indetermina dos.

68. MIRA DA, Francisco Cavalcant Pontes de. Tra1ado da ação rescisória. cit., p. 2 3 1 . No mesmo se/Ilido: WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Rodrigues de. TALAMINI, Eduardo. Curso av011çado de processo civil. 5 cd. São Paulo: RT, 2002, v. l, n. 45.3, p. 686. Segundo Humberto Theodoro Júnior, para que se admita a aç:io r�scisória fundada no inciso 1 do art. 485 do CPC '"não se eleve. também.

ater-se rigidamente ao principio d<- tipicidade dos delitos, como ocorre no campo do Direito Penal ... (Curso de Direi/o Processual Cil'il. 39 ed v. 1 . cit., p. 606). Reconhecendo essa como a melhor interpretação. mas se rendendo à dificuldade cm finrar posição dada a cscasse,: ele casos fundados no inciso 1 do art. 485 do CPC: WAMBIER, Teresa Am1cla "lvim. N11lidades do processo e da semença. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, n. 3 . 1 .3, p. 306.

69. BUE

Cassio Scarpinclla. Cóaigo de Processo Civil i111e1pre1ado, cit., p. 1.475; CÂMARA, Alexandre Freitas. lições de direi/o proceswal civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2, p. 1 1 ; DINA

MARCO. Márcia Conceição Ahts. Ação rescisória. São Paulo: Atlas, 2004. n. 1 1 .4, p. 140; FUX, Luiz.

C11rso de direi/o processual civil. 2 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 6.2., p. 845-846; MARrNO 1, Luiz Guilherme,

HART. s�rgio Cruz. Manual do processo de co11/zeci111e1110. 2 cd. São Paulo: RT, 2003. 11. 6.2, p. 687;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comemários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cil., p. 1 07; JR.,

Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comemado e legislação extmvagame.

7 ed. São Paulo: RT, 2003, nota 1 1 ao art. -185. p. 829: PORTO, Sérgio Gilberto. Co111en1ários ao Código de Processo Civil., cit., p. 304: RIZZI, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: RT. 1 979. n. 24, p. 49-51 ; SOUZA, Bernardo Pimentel. lmrodução a JS recursos cí1•eis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 73 1 .

AÇÃO RESCISÓRJA

A definição de prevaricação, concussão ou corrupçcio, como, de resto, a de qualquer outro crime, pode ser identificada como um conceito j urídico-positivo, na medida em que corresponde a uma concepção vinculada às variações do Direito Positivo. A prevaricação, a concussão e a corrupção passiva enquadram

-se na moldura de conceitos jurídico-positivos, exatamente porque decorrem especificamente do Direito Positivo brasileiro. De fato, são os arts. 3 16, 3 1 7 e 3 1 9 do Código Penal que fornecem o conceito de tais figuras crimi nais. Tais

tipos penais somente são aplicáveis a um âmbito de validade determinado, no espaço e no tempo, pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, um conceito jurídico-positivo.

Impende, ainda, fazer a distinção entre as definições normativas e as definições meramente teoréticas. "As definições normativas são formuladas pelos órgãos competentes para a criação e aplicação do Direito. As definições teóricas correspondem a enunciados da ciência do Direito. As definições teóricas são formuladas pelo cientista do Direito a pmtir da experiência do Direito Positivo e do seu conhecimento. A verdade ou o erro são, portanto, atributos das definições teoréticas. Reversamente, atributos das definições normativas são a validade ou invalidade". 70

As definições de prevaricação, concussão e corrupção passiva são, pois, definições normativas, e não teoréticas, decorrendo especificamente de uma norma jurídica, que, já se viu, está contida nos a1ts. 3 1 6, 3 1 7 e 3 1 9, todos do Código Penal brasileiro. Com efeito, a prevaricação consiste em "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (CP, art. 3 1 9). A concussão, por sua vez, identifica-se, na dicção do art. 3 1 6 do Código Penal, com o "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumí-la, mas em razão dela, vantagem indevida". E, ainda, a corrupção passiva, que, nos tennos do art. 3 1 7 do Código Penal, consiste em: "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

Para que caiba a ação rescisória fundada no inciso J do art. 485 do CPC, não é necessário que haja prévia condenação criminal do magistrado, nem se exige a existência de ação penal em curso71 • A prática do crime pode ser demonstrada 70. BORGES, José Souto Maior. Lançamento tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 95.

7 1 . BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil inte1pretado, cil., p. 1 .475; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 7 cd. v. 2, p. 12; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comemários ao Código de Processo Civil. 6 ccl. cil., p. 108; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Có-



e comprovada nos próprios a tos da ação rescisória. Evidentemente, se houver prévia condenação criminal do juiz, já se terá a comprovação da prática de um dos referidos crimes, vinculando-se, em certa medida, o órgão julgador da ação rescisória72 (eficácia positiva ja sentença penal condenatória).

Caso, porém, se trate de sentença penal absolutória, somente terá eficácia no processo civil, se decidir pela ausência do fato ou da autoria. Nessa hipótese, a ação rescisória receberá os influxos da sentença penal, devendo ser rejeitado o pedido de rescisão. Se, por o tro lado, a absolvição tenha por fundamento a falta de provas ou a extinção da punibil idade por prescrição, morte ou outro motivo, não há repercussão para a ação re[illegible]cisória, podendo, inclusive, ser julgado procedente ou improcedente o pedido re[cindente.

É rescindível não soment a sentença proferida por juiz em prevaricação, concussão ou corrupção, mas também a decisão exarada por órgão colegiado, desde que um dos julgadores tenh<' praticado qualquer um dos mencionados crimes.

Neste último caso, a rescisória somente se revela cabível, se voto haja concorrido para o resultado ou para a fo mação da maioria. Não basta que o julgador tenha participado do julgamento, s1.:ndo necessário que seu voto seja um dos vencedores. Em se tratando de voto vencido, não há consequência para o j ulgamento, não devendo ser admitida a rescisória73.

Há quem sustente que somente deverá ter êxito a ação rescisória, se a posição do julgador que praticou o e rime seja capaz de modificar o resultado objetivo do j ulgamento da causa. Em outras palavras, se tal julgador tivesse expressado convencimento diverso, seria diferente o resultado do julgamento74. Para ilustrar esse entendimento, tome-se como exemplo um julgamento proferido por órgão colegiado, composto por 5 (cinco) julgadores. Imagine-se que o julgamento tenha sido proferido por maioria de 4 (quatro) votos, restando apenas

um vencido.

Pelo que se infere desse entendimento, se um dos votos vencedores fosse dado em prevaricação, concussão ou c01Tupção, ainda assim não se deveria acolher a digo de Processo Civil come11tad1 e legislação extravagame. 7 ed. cit., p. 829; PORTO, Sérgio Gilberto.

Comentários ao Código de ProceHo Civil, cit., p. 305; RIZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit., p. 54; SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução a . . s recursos cfreis e à ação rescisória. 3 ed. cil., p. 732.

72. MOREIRA, José Carlos Barbosa Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 1 08.

73. BUENO, Cassio Sca.rpinella. Cóaigo de Processo Civil interpretado, cit., p. 1 .475; CÂMARA, Alexandre Freitas. lições de direito process1 ai civil 7 ed. v. 2. cit.. p. 13; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civ 1. 6 ed. cit., p. 1 09; ERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade.

Código de Processo Civil comenl?do e legislação extravagante. 7 ed. cit., p. 829.

74. OIUO, Sérgio Gilberto. Comente rios ao Código de Processo Civil, cil., p. 305.

rescisória, eis que, se acaso tal voto fosse vencido, o resultado ainda seria o mesmo, com uma maioria de 3 (três) votos, restando 2 (dois) vencidos.

Não parece, com o devido respeito, que se deva adotar tal entendimento. É

que seu fundamento resvala para um subjetivismo ou para um casuísmo que não se compadece com o tratamento a ser dado ao tema. Não há como se concluir que, tendo votado de outra forma um dos julgadores, o resultado manter-seia ou

não da mesma forma. O que importa é que, tendo o voto contaminado sido um dos vencedores, não deve subsistir o julgado, devendo-se acolher a rescisória.

Por outro lado, há quem sustente que, sendo o relator o juiz corrompido e vindo este a, no relatório, induzir os demais membros a erro, deverá ser acolhida a rescisória, ainda que o relator tenha proferido voto vencido75. Tal entendimento deve ser seguido.

Na verdade, o pedido rescindente deve ser acolhido, se o voto do julgador corrompido tiver repercussão prática na conclusão ou no resultado do julgamento76.

Em princípio, o voto vencido não repercute no resultado, razão pela qual, se o voto foi vencido, descabe a rescisória, ainda que o seu prolator o tenha dado por prevaricação, concussão ou corrupção. Tanto isso é verdade que os Tribunais Superiores mantêm firme entendimento no sentido de que, para efeito de prequestionamento, somente se considera a matéria veiculada nos votos vencedores. A matéria referida apenas no voto vencido não configura prequestionamento (nesse sentido, ver o enunciado 320 da Súmula do STJ).

Ora, se o voto vencido não integra o julgamento, não estando prequestionada, para fins de recurso especial e extraordinário, a matéria somente ali tratada, é curial que tendo o juiz que cometeu o crime de prevaricação, concussão ou corrupção proferido voto vencido, não se revela cabível a ação rescisória. Não se exige, como será visto oportunamente, que haja prequestionamento da matéria para que caiba a ação rescisória. O que se pretende demonstrar com a constatação de que a matéria contida no voto vencido não confira prequestionamento é que o voto vencido não integra o julgado, não guardando pertinência com o resultado nem contendo influência no que seja decidido pelo colegiado. É por isso que não se deve acolher a ação rescisória, se a prevaricação, concussão ou corrupção tiver sido praticada pelo juiz que proferiu o voto vencido.

Caso, porém, sejam interpostos embargos infringentes, e estes venham a ser acolhidos para fazer prevalecer o voto vencido, deverá, então, ser acolhido o 75. RJZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit., p. 56-57.

76. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod11ção aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 733.



juiz

pedido rescindente, eis que, nesse caso, o voto dado em prevaricação, concussão ou corrupção influenciou o resultado77.

7.3. Impedimento do juiz

É rescindível a sentença p roferida por juiz impedido. Como se sabe, o juiz é impedido nas hipóteses descritas nos arts. 1 34 e J 36 do CPC. O impedimento do juiz acarreta a falta de pressuposto processual de validade. Na verdade, a imparcialidade do juiz constitui pressuposto processual de validade, que se reflete na exigência de o juiz não ser i1rpedido78•

A suspeição do j u iz não c onstitui motivo para ação rescisória. O que gera o cabimento da rescisória é o impedimento do juiz. Para que seja acolhida a ação rescisória, é preciso que o

tenha proferido a sentença, e não simplesmente

paiticipado do processo ou nele atuado79•

É rescindível também o acórdão, se um dos julgadores tenha proferido voto, não obstante estar impedido. Do particular, a rescisória é apenas cabível, se voto tiver concorrido para o resultado ou para a formação da maioria. Não é suficiente que o julgador tenha participado do julgamento; exige-se que seu voto seja um dos vencedores. Se proferiu voto vencido, não se deve ter como contaminado o j ulgamento por seu impedimento, devendo ser rejeitada eventual rescisória.

É iITelevante, para o cabimento da ação rescisória, que tenha havido ou não exceção de impedimento no ⍰urso do processo originário. Com efeito, nas palavras de Sérgio Rizzi, "o fato de não haver sido acolhido o impedimento, em via de exceção, não inibe a propositura da rescisória"8º.

7.4. Incompetência absolut

Enquanto o impedimente• é um vício do juiz, a incompetência é um vício do juízo. A exemplo da impai·cialidade, a competência também constitui um pressuposto processual de validade. A falta de competência acarreta invalidade do processo, cabendo ação rescisória.

77. NERY JR., Nelson e NERY. Ros⍰ Maria de Andrade. Código de Processo Civil comei/fado e legislação ex1ravaga111e. 7 ed. cit., p. 829. EM sel//ido comrário. a não ser que, no julgamento dos embargos infringen1es, também haja voto dado ern prevaricação, concussão ou corrupção: FUX, Luiz. Curso de direilo processual civil. 2 ed. cit., p. 846.

78.

WAMBIER. Teresa Arruda Alviir. Nulidades do processo e da se111e11ça. 4 ed. cit.. p. 306.

79. RJZZI, Sérgio. Ação rescisória. c l., p. 6 1 .

80. RIZZI, Sérgio. Açâo rescisória. p. 6 1 . No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisâo. cit.. p. 145.

AÇi\O RESCISÓRIA

O que enseja a ação rescisória é a incompetência absoluta. Não cabe ação rescisória por ter havido incompetência relativa do juízo. Esta - uma vez não arguida

- restou prorrogada, modificada, convalidada: o juízo, que era incompetente, se tornou competente. Assim, ajuizada, por exemplo, determinada demanda em foro incompetente, a falta de exceção de incompetência faz com que o juízo se torne competente, convalidando-se o vício, não cabendo, portanto, ação

rescisória.

Em razão do princípio da identidade física do juiz, competente para julgar a causa é o juiz que tenha ence1Tado a instrução. Ressalvadas as exceções contidas no próprio art. 1 32 do CPC - convocação, licença, promoção etc. -, a regra revela uma h ipótese de competência funcional; absoluta, portanto. Nesse caso, a sentença proferida por juiz que não tenha encen-ado a instrução caracteriza-se como uma sentença rescindível, em razão da incompetência absoluta (CPC, art. 485, l i).

Na verdade, a regra do art. 1 32 do CPC detennina que o juiz que encerrou a instrução deve proferir a sentença. A regra impõe a vinculação de um juiz à causa, não guardando pertinência com o juízo, que, aliás, será o mesmo. Rigorosamente, portanto, não se trata de competência, mas a ela se equipara para todos os efeitos.

A regra, como dito, equipara-se a uma hipótese de competência absoluta. Logo, não respeitada, cabe a ação rescisória, com fundamento no art. 485, I I , do CPC.

Se, não havendo a concretização de qualquer das ressalvas contidas no art. 1 32

do CPC, a sentença for proferida por juiz que não encerrou a instrnção, ha- verá nulidade, cabendo a rescisória com fundamento no inciso l i do art. 485 do CPC.

Diversamente, se houver qualquer das exceções ali previstas e, ainda assim, o juiz que encerrou a instrução profere a sentença (quando não precisaria), não há nulidade, preservada a identidade física, descabendo a ação rescisória81 •

Discute-se se, na ação rescisória por incompetência absoluta, há possibilidade de pedido de rejulgamento. Normalmente, a ação rescisória terá por objeto um acórdão; se se afirma que o tribunal que proferiu o acórdão rescindendo era incompetente, não há sentido em pedir o rejulgamento, pois haveria repetição do vício que deu origem à ação rescisória. Mas se o tribunal competente para julgar a rescisória tiver competência para o reju lgamento (o que normalmente oco1Te quando o objeto da rescisória é uma sentença), será cabível o iudicium rescissorium. Assim, por exemplo, se o objeto da ação rescisória é uma sentença proferida por um juízo de uma vara cível, com o fundamento de que deveria ter sido proferida por um j uízo de uma vara de família, nada impede que o tribunal, rescindindo a decisão, reju lgue a causa, pois as causas de família também são da sua competência82.

8 1 . YARSJ-IELL, Flávio Luiz. Açâo rescisória: j11ízo.1· resci11de111e e rescisório, cit., p. 304-305.

82. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111roduçào aos recursos civeis e à açâo rescisória, 2 ed. cit., p. 507.



fREDIE DIDll R JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Nesse caso, proferida a se 1tença pelo juízo da vara cível, e não pelo da vara de família, imagine-se que a sentença de mérito tenha sido substituída por acórdão

do tribunal, sem que este tenha se apercebido do vício. Em outras palavras, julgada a causa pelo juízo da vara cíve , e não pelo da vara de família, o tribunal, em grau de apelaçã.o, mantém a sentença, sem perceber o vício de incompetência. Em tal hipótese, cumpre perfilhar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, para quem o acórdão, que substitt iu a sentença, constitui a última decisão de mérito, a que transitou em julgado; e tal acórdão restou proferido por órgão competente, que foi o tribunal.83 Se a rescisória, nesse caso, for ajuizada com fundamento na incompetência absoluta (CPC , ait. 485, I I), será o próprio tribunal que irá, no juízo rescisório, julgar a causa. Se já julgou antes, proferindo o acórdão rescindendo, falta interesse processual nuP1 novo julgamento, além de não se vislumbrar a presença de prejuízo. Ademais, àlta, em verdade, a própria incompetência absoluta, pois a decisão de mérito tramitada em julgado foi o acórdão do tribunal que, aliás, é absolutamente competente. Tal conclusão não ocorre se, nesse mesmo exemplo, o tribunal tiver Turma ou Câ mara privativa de direito de família. Nessa hipótese, julgado o caso por uma Turma ou Câmara Cível, e não pela Turma ou Câmara de Família, aí sim caberia a res1..:isó1ia, por incompetência absoluta. Pode-se, enfim, concluir que, sendo o hibunr 1 competente e tendo havido substituição da decisão de primeira instância, não há mais o vício de incompetência absoluta, revelando

-se incabível a rescisória.

Caso, porém, a causa tenha sido julgada por um juízo federal, quando deveria ter sido por um juízo estadual ou trabalhista, a rescisória será intentada perante o TRF ao qual esteja vinculado o juiz prolator da sentença, devendo, nesse caso, a rescisória conter, apenas, o JUÍZO rescindente. Isso porque, se o tribunal rejulgar a causa, estará, igualmente, incorrendo no vício de incompetência.

Enfim, o tribunal que j .1lgar a ação rescisória por incompetência absoluta pode rejulgar a causa? Qua"ldo pode e quando não pode? Na verdade, é preciso distinguir três hipóteses: a) causa julgada por "tribunal i ncompetente": todo tribunal tem competência para julgar ação rescisória de seus próprios j ulgados, caso em que, acolhida a ação rescisória por sua incompetência absoluta, não lhe cabe rej ulgar a causa, sob pena de incon-er no mesmo etTo e repetir o vício que acanetou o ajuizamerto da ação rescisória; b) causa j ulgada por "juízo incompetente": o tribunal tem competência para julgar ação rescisória contra sentença de juiz a ele vinculado, caso em que poderá rej u lgar a causa, corno no exemplo, acima aventada, de uma ação de alimentar ter sido julgada em vara 83. CÂMARA. Alexandre Freitas . . lçào rescisória. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2007, p. 66.

428

AÇÃO RESCISÓRIA

cível, e não em vara de família; c) causa julgada por "justiça incompetente": nesse caso, a rescisória será intentada no tribunal "incompetente" (mas competente parn a rescisória), devendo, acolhida a rescisória, remeter o caso para a "j ustiça competente". Por exemplo: julgada, na Justiça Federal, causa que

haveria de ter sido julgada na Justiça Estadual. A ação rescisória será intentada no respectivo TRF. Acolhida a rescisória, será desconstituída a sentença ou o acórdão rescindendo, não podendo o TRF rejulgar a causa, que deve serjulgada pela Justiça Estadual.

7.5. Dolo da parte vencedora

O inciso 1 1 1 do art. 485 do CPC desdobra-se em duas hipóteses: cabe a ação rescisória, quando tiver havido dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes para fraudar a lei.

O Código de Processo Civil impõe obediência aos deveres de lealdade e boa-fé, relacionando, em seus arts. 1 4 e 1 7, os atos que, uma vez não cumpridos, acarretam desrespeito a tais deveres. A preocupação do legislador com a probidade processual deságua, inclusive, na previsão de ação rescisória para desconstituir sentença de mérito transitada em julgado que seja resultado do dolo de uma das partes em detrimento da outra.

A rescisória, nesse caso, relaciona-se com ato da parte, e não com ato do juiz; o dolo, em outras palavras, não atua nem se revela na conduta do magistrado84.

Enfim, a rescisória é cabível em razão do dolo da parte vencedora que prejudica a parte vencida e induz o juiz a erro85. Nesse caso, cabe a rescisória, quando a parte vencedora tenha impedido ou dificultado a atuação do vencido ou influenciado o juiz, afastando-o da verdade86. Cabe a ação rescisória, se o dolo processual decorreu não somente de conduta praticada pela parte vencedora, mas também de conduta praticada por seu advogado87•

Nem todo comportamento doloso rende ensejo ao cabimento da ação rescisória.

É preciso que haja nexo de causalidade entre a conduta da parte vencedora e a decisão rescindenda88. É preciso, para que se acolha a rescisória, que se reconheça 84. RlZZl, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: RT, 1979, n. 45, p. 7 1 .

85. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 cd. cit., p. 735-736.

86. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111en1ários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 124; YAR

SHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória: juízos rescindenle e rescisório, cit., p. 3 1 2.

87. WAJ'111B!ER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4 cd. cit., p. 308.

88. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cir., p. 125.





o dolo e, mais precisamente, que se demonstre que ele foi a razão determinante do resultado a que chegou o juiz.

Cabe, por esse motivo, a ação rescisória, quando, por exemplo, o autor induziu o réu à revelia89, ou, ainda, quando tenha criado empecilho à produção de prova90.

Ao dolo da parte, equipara-se o dolo do seu representante legal e do seu advogado91 . Se houver litisconsórci , o dolo de um deles é suficiente para a rescisão da sentença92, a menos que se tra e de litisconsórcio simples, situação em que cada litisconsorte terá um capítulo ela sentença a ele dedicado.

É muito importante, finalrrente, fazer menção ao enunciado n. 403 da súmula do TST:

"'AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO DA PARTE VE CEDORA EM DETRIMENTO

DA VENCIDA. ART. 485, li , DO CPC.

1 - ão caracteriza dolo processual, previsto no art. 485, 1 1 1 , do CPC, o simples fato de a parte vencedora haver si.enciado a respeito de fatos contrários a ela, porque o procedimento, por si só, não onslitui ardil do qual resulte cerceamento de defesa e, em consequência, desvie o juiz de uma sentença não-condizente com a verdade93.

1 1 - Se a decisão rescindenda é homologatória de acordo, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual n 1o é possível a sua desconsliluição

calcada no inciso Ili do a11. 485 do CPC (dolo da parte vencedora cm detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide,..

Convém registrar, de logo, que esse texto normativo ainda está preso a uma concepção de boa-fé processual subjetiva. Tanto é assim que, de acordo com a letra legal, a rescisão da sentença pressupõe dolo, elemento subjetivo de uma conduta ilícita. Reprimir-se-ia, aqui, um comportamento animado pela má-fé.

Ao tempo da edição do Código de Processo Civil de 1 973, a doutrina brasileira ainda não tinha conhecimento ou não dominava o manancial teórico da boa-fé objetiva. O texto codificado, à poca, era encarado como uma proibição geral de comportamentos dolosos, e apt..:nas isso. O inciso fI do art. 1 4 do CPC era visto como urna proibição de prática de atos animados pela má-fé.

89. R.IZZI, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: RT, 1 979, n. 45, p. 7 1 ; MOREIRA, José Carlos Barbosa.

Co111e111ários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 124.

90. YA RSHELL, Flávio Luiz. Ação resc1ória: juízos rescindente e rescisório, cit.. p. 3 1 3.

91. MOR.EIR.A. José Carlos Barbosa. Co 11e111ános ao Código de Processo Civil, l 2 cd. cit., p. 125.

92. MOREIR.A, José Carlos Barbosa. Co 11e111ános ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 125.

93. Na doutrina, sobre o tema, MOREIR.. \, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil.

12 ed. cit., p. 124-125.



AÇÃO RESCISÓRIA

A evolução do pensamento jurídico brasileiro permitiu, porém, que atualmente se encare o texto normativo sob outro enfoque: trata-se da consagração do princípio da boa-fé no processo.

O inciso 1 1 do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções. Trata-se de consagração de uma cláusula

geral de boa-fé processual, da qual se extrai o princípio da boa-fé processual.

Essa é a compreensão atual deste texto normativo (sobre o assunto, conferir o v. 1 deste Curso).

Exatamente em razão disso, é razoável defender a necessidade de uma releitura da parte inicial do inciso I l i do art. 485 do CPC.

A rescisória, nestes casos, serviria para desconstituir decisão judicial que tenha sido resultado de um comportamento da parte em desconformidade com a boa-fé objetiva, pouco importa se essa conduta tenha ou não sido animada pela má-fé.

A parte inicial do inciso III do art. 485 transformar-se-ia, então, na hipótese de ação rescisória cabível para fazer valer o princípio da boa-fé processual e, assim, preservar a lealdade, a confiança e a ética processuais.

Esta releitura do texto legal serviria, enfim, para que o compreendêssemos como uma regra concretizadora do princípio da boa-fé processual.

Embora não tenha sido feita essa abordagem, o STJ parece ter decidido neste sentido.

No julgamento do Resp. n. 656 . 1 03-DF, rei. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T., j .

em 1 2 . 1 2.2006, acórdão publicado n o DJ de 26.02.2007, p . 595, acolheu-se ação rescisória em um caso de nítida violação à boa-fé objetiva.

Vejamos o caso.

As partes fizeram acordo extrajudicial. Uma das parles comprometera-se a desistir de uma demanda se a outra parte doasse um imóvel a alguém. Não obstante a prestação de doação tenha sido substancialmente adimplida, a parte autora não desistiu do processo. A pa1te ré do processo originário (aquela que se comprometera a doar o imóvel) deixou de defender-se no processo, na crença de que o acordo já tinha sido cumprido. Foi reconhecida a sua revelia e decretados todos os seus efeitos. Houve sentença de procedência de todos os pedidos formulados, não obstante o acordo.

p

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

O STJ entendeu que a sentc;nça fora resultado de um comportamento indevido da parte autora, que injustificadamente não cumpriu a sua prestação: desistir do processo. Aplicou-se a teoria do adimplemento substancial, que é manifestação da boa-fé objetiva.

No caso, considerou-se que a obrigação de doar fora substancialmente adimplida, o que impediria a alegação de exceção de contrato não cumprido pela parte autora, que se comprom�tera a desistir do processo. A doutrina é vasta ao aplicar a teoria do adimplemento substancial à exceção de contrato não cumprido.

Não se exigiu a demonstração de qualquer elemento subjetivo (má-fé; dolo) para a configuração da hipótest de rescindibilidade da parte inicial do inciso I I I do art. 485 do CPC. Rescindiu-se a decisão que fora produto de um comportamento objetivamente reprovável da parte autora, contrário aos padrões de comportamento ético impostos pelo princípio da boa-fé processual.

Trata-se de decisão que ratifica a consagração da cláusula geral de boa-fé processual do inciso U do art. 1 4 do CPC e que abre um profícuo novo caminho de interpretação desta conhecida e tradicional hipótese de rescindibilidade da sentença.

7.6. Conluio entre as partes

A segunda parte do inciso UI elo art. 485 do CPC guarda relação com o disposto no art. 1 29 do mesmo di loma processual. Ambos os dispositivos aludem à situação em que as partes valem-se do processo para obtenção de finalidade ilegal ou a fi m de fraudar a k i . É o que se chama de processo fraudulento ou simulado.

Considera-se fraudulento e processo, quando as partes o utilizam em conluio para obtenção de finalidade proibida por lei, tendo-se por simulado o processo quando as partes, em conluio, fazem uso dele para prejudicar terceiro9�.

Cabe a ação rescisória apenas em casos de processo fraudulento, não cabendo quanto aos casos de processo simulado, exatamente porque o art. 485, I I I , do CPC prevê a ação rescisória na hipótese de "colusã.o entre as partes, afi.m de fraudar a lei "95.

A hipótese de colusão entre as partes distingue-se do caso de dolo processual, na medida em que aquela é sempre bilateral, sendo este último é unilateral.

94. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod1 ção aos recursos cíveis e à açcio rescisória. 3 ed. cit., p. 736-737.

95. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ct mentt'trios ao Código de Processo Civil. 6 ed. p. 1 1 3.

7.7. Ofensa à coisa julgada

O prestígio e a proteção que o ordenamento jurídico conferem à coisa julgada

justifica esta hipótese de rescindibilidade: será rescindível, assim, a sentença obtida quando já haja, sobre a res deducta, coisa julgada material. A proibição é de novo julgamento, independentemente ou não de o juiz confirmar o anterior: ele, o segundo juiz, simplesmente está impedido de conhecer a matéria, em razão do chamado efeito negativo da coisa julgada material.

A coisa julgada material é a qualidade que adquire o comando final da sentença, que, a partir do trânsito em julgado, se torna imutável e indiscutível.

Significa que a conclusão a que chegou o juiz, ao proferir uma sentença de mérito, não poderá mais ser discutida em outro processo que envolva as mesmas partes, com idêntica causa de pedir e com o mesmo pedido. Se, mesmo tendo o comando final da sentença adquirido imutabilidade e indiscutibil idade, ainda assim houver nova decisão sobre a questão, haverá ofensa à coisa j ulgada, cabendo a ação rescisória.

Em princípio, acolhida a ação rescisória por ofensa à coisa julgada, h averá apenas o juízo rescindente, não devendo o tribunal rejulgar a demanda, pois estaria também ofendendo, se assim o fizesse, a coisa julgada, desconsiderando seu efeito negativo.

Há, porém, um caso em que a ação rescisória por ofensa à coisa julgada admite o pedido de rejulgamento. Ocorre quando a ofensa dirige-se ao efeito positivo da coisa julgada. Imagine-se, por exemplo, que, na liquidação, o juiz extrapole o quanto for determinado na sentença liquidanda; ou, em uma ação de alimentos, o magistrado julgue improcedente a demanda, por entender inexistente o vínculo de parentesco, não obstante o autor tenha fundado o seu pedido em coisa julgada advinda de uma ação de investigação de paternidade. Em ambos os casos, coisa julgada foi ofendida em sua eficácia positiva. Na rescisória, poderá o tribunal, rescindida a decisão, avançar e proferir o julgamento rescisório, agora respeitando a coisa julgada anteriormente ofendida.

Em um conflito de coisas julgadas (urna segunda decisão violou a coisa julgada de uma primeira), e não seDdo rescindida a decisão posterior, com base no inciso IV do art. 485 do CPC, qual das duas deve prevalecer? A segunda deve prevalecer, não só como homenagem ao princípio da segurança jurídica, mas também pelo fato de que, se a sentença tem força de lei entre as partes (art. 468, CPC), lei posterior revoga a anterior, não obstante a segunda lei pudesse ter sido rescindida; como não o foi, fica imutável pela coisa julgada e, assim, deve

prevalecer96•

96. Nesse mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme e ARENI-IART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conltecimento. 2 ed. São Paulo: RT, 2003. p. 688-689; M 1 R.ANDA, Pontes de. Come111ários ao Código 433

s

l

N N

N

FREOIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNllA

A questão, contudo, não é p acífica na doutrina. Há quem considere que deve prevalecer a primeira coisa julgada, reputando inexistente a segunda, eis que não haveria interesse de agir na segunda demanda, pois já solucionado, antes, o litígio, devendo-se considerar, ademais, a proteção constitucional dada à coisajulgada97.

Parte-se do pressuposto de que a falta de uma condição da ação implica inexistência do processo e, pois, da s�ntença nele proferida.

Cumpre, todavia, aderir ao entendimento - antes mencionado - de quem entende que prevalece a seguPda coisa julgada, exatamente porque a segunda sentença não é inexistente: foi proferida num processo que existiu, não obstante com um defeito formal (de. respeito a um requisito processual de validade: ausência de coisa julgada anterior), que dá ensejo à sua rescisão, no prazo de dois anos. Fosse inexistente a segunda sentença, não haveria razão para se propor ação rescisória por ofensa à coisa julgada (CPC, art. 485, IV), faltando, aliás, interesse de agir na sua propositura, mercê da falta de necessidade. Como afirma Pontes de Miranda, "a Jção rescisória por ofensa à coisa julgada supõe que tenha havido duas coisas julgadas sobre os mesmos pontos, porém há de ser proposta no prazo bienal". 18

O Superior Tribunal de Justiça adotou também essa orientação, entendendo que, no conflito entre coisas ju gadas contraditórias, há de prevalecer a segunda, a não ser que esta venha a ser rescindida. A primeira coisa julgada somente prevalece, se a segunda for desfeita em ação rescisória. Não havendo ação rescisória, mantém-se incólume a segunda coisa julgada99.

de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, l. 6, p. 284-286; Tratado da ação rescisória. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campin1s: Bookseller, 1998, § 23, n. 6, p. 262-264: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, n. 1 33, p. 200-203; SANTOS, Emane Fidélis dos. \1anual de direito processual civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, n. 862, p. 619; THEODORO JR., l�umberto. Curso de

direito pivcessual civil. 39 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 607, p. 608; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória:juí:os rescindente e rescisório.

São Paulo: Malheiros, 2005, n. 1 07, p. 3 1 7-32 1 .

97. Trata-se de posicionamento bastantf difundido no Programa de Pós-Graduação em Direito d a Pontifícia Universidade Católica de São Paulc-, como se vê do rol de adeptos desta concepção: ALVIM, Thereza.

"'Notas sobre alguns aspectos contr >vertidos da ação rescisória". Revista de Processo. São Paulo: RT.

n. 1985, p. 1 2 - 1 3 ; BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil i11te1pretado. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Alias. 2004. n. 6.4 ao art. 485, p. 1.477; NERY JR., elson e NERY. Rosa Maria de Andrade. Código de Proce;so Civil comemado e legislação extral'agame. 9 ed. São Paulo: RT.

2006, n. 1 7 ao art. 485, p. 679; RIZZI, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: RT. 1 979, n. 8 1 , p. 1 33 - 1 39; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. ' Ação rescisória - apontamentos". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1989. n. 53, p. 58; WAMBIER, reresa Arruda Alvim e MEDINA, Jos..! Miguel Gnrcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relalivi.:ação. São Paulo: RT, 2003, n. 2.2, p. 36-39.

98. 7/·atado da ação rescisória. Atualiz.1do por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookscller, 1 998, § 23, n. 6, p. 265.

99. "RECURSO ESPECIAL. PROCES�UALCIVIL. SE TE ÇAS CONTRADITÓRlAS. DECISÃO 'ÀO

DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRLA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO



AÇÃO RESCISÓRIA

Alexandre Freitas Câmara reconhece que o tema é tormentoso, entendendo que, de lege/ere11da, poder-se-ia prever que, em casos assim, não haveria prazo para a ação rescisória, podendo esta ser proposta a qualquer momento. De acordo, entretanto, com as normas em vigor, deve prevalecer a segunda coisa julgada100• No mesmo sentido, Eduardo Talamini defende essa solução de lege/erenda, concluindo que, de lege lata, prevalece a segunda coisa julgada, mas, em casos gravíssimos, "em que o prevalecimento da segunda sentença

revele-se extremamente aviltante também para outros valores constitucionais, haverá de se cogitar da quebra atípica da segunda coisa julgada (v. cap. 13)."1º1

7.8. Violação à Uteral disposição de lei

Dentre os casos que rendem ensejo ao ajuiza111ento da ação rescisória, destaca

-se o do inciso V do art. 485 do CPC, qual seja, quando a sentença de mérito transitada em julgado violar literal disposição de lei. Extraem-se do dispositivo 2 (duas) expressões que denotam o alcance da regra.

A primeira delas é lei.

TRANSITOU EM JULGADO.

1 - Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se fom1ou por último, enquanto não se dl!r sua rescisão para restabekcer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento." (Acórdão uminime da 6ª Turma do STJ. AgRg no REsp 643.998/PE, rei. Min. Celso Limongi (Des. Conv. do TJ/SP), j. 15/J 2/2009, DJe 1°/2/201 O).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTr\RIO. EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. AÇÃO ANULA

TÓRIA E EMBA RGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇAS CONTRA DITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJE

TO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. PRECEDENTES.

1 . No eonRito entre sentenças. prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante /\ção Rescisória.

2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulalória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos :\ Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para l!xcluir parcela do crédito cxequendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente

improcedentes.

3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor. por ter sido formada por último. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido." (Acórdão unânime ela 2• Turma do STJ, REsp 598.1 48/SP, rei. Min.

Herman 13l!njamin, j. 25/8/2009. DJe 31 /8/2009).

··PROCESSUAL C I V I L . RECURSO ESPECIAL. DECISÕES CONFLITANTES. TRÂNSITO E M

JULGADO. CANCELAMENTO DE P RECATÓRIO. DECISÃO NÃO DESCONST!TUÍDA POR

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. Verificada a existência ele decisões conflitantes versando sobre o mesmo bem jurídico e ambas trânsitas em julgi1clo. prevalece aquela que por último transitou em julgado.

2. Somente se admite a dcsconstituição de sentença trânsila em julgado através ela ação rescisória.

3. Recurso a que se nega provimento." (Acórdão unânime da 6" Turma do STJ, REsp 400. I 04/CE, rei.

Min. Paulo M.:dina, j. 13/512003, DJ 91612003, p. 3 1 3).

100. Lições de direi/o proc:essual civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 28-30.

1 O I . Coisajul�ada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005, n. 3.4.5. p. 1 52-158.



É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que lei, tal como empregada no dispositivo, constitui expressão ampla, abrangendo tanto a lei estrangeira como a nacional, tanto a mater al como a processual, tanto a infraconstitucional como a constitucional 102. A exp ·essão lei está, aí, abrangendo a lei complementar, a ordinária, a delegada, a medida provisória, o decreto e qualquer outro ato de conteúdo normativo103• Inclui, a nda, os costumes.104 Não abrange, porém, violação a texto de súmula, mesmo se ti atar de súmula vinculante105.

Enfim, a violação de qualquer norma jurídica possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a descon tituir a sentença de mérito transitada em j ulgado.

No particular, cumpre anotar que, contrariamente ao que sucede com os recursos extraordinário e especial, a propositura da ação rescisória por violação a literal disposição de lei não exige o chamado prequestionamento, ou seja, não é necessário que a norma tenha si< o expressa ou implicitamente referida na decisão rescindenda 106•

Há uma relação muito próxima entre a ação rescisória por violação a 1 iterai disposição de lei (art. 485, V, CPC) e os ·ecursos extraordinários. Essa relação se percebe, por exemplo, na comparação que se faz entre os enunciados n. 343 e 400 da súmula do STF1º7, e pela impossibilidade de discussão, por recurso extraordinário, da violação 1 02. Eis, no par1icular, de lição de Cassio carpinella Bueno: "Dou1rina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dad 1 ao termo lei referido no inciso V do an. 485. Lei, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de nom a jurídica, independentemente de seu escalão. Isto é, tanto pode se conceber a rescisória para impugnar lecisão que violou a Constituição, leis propriamente ditas (incluindo as medidas provisórias que têm força d.;: lei), bem assim atos infralegais como decretos, regulamentos. O STJ

já admitiu a rescisória calcada no iriciso V cio art. 485 por ofensa a dispositivo de seu próprio Regimento Interno."' (Código de Processo Civi imerprelado, cit., p. 1 .477).

1 03. Assim leciona José Carlos Barbos.1 Moreira: "'Lei', no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende, à evidência, a Constituição. a lei complementar, ordinária ou delegada. a medida provisória, o decreto legislaivo, a resolução (Carta da República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário". (Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 1 1 7).

1 04. CRAMER, Ronaldo. Ação rescisóna por violação da 11or111aj11rídica. Salvador: Editora Jus Poclivm, 201 1 , p . 195-197.

105. MOR.ELRA, Jos<! Carlos Barbosa. Co111en1ários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 133.

106. "PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESC ISÓRJA VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ECES

SfDADE DE PREQUESTIONAM. TO NO JULGADO R.ESCJNDENDO. Ajurispruclência do colendo Pretório Excelso e a doutrina encon:ram-se orientadas no entendimento de que a ação rescisória alicerçada no art. 485, V, do Código de Proce>so Civil não exige que a indigitada norma apontada como infringida tenha sido prequestionada no r. jultado rescindenclo. Recurso provido'·. (STJ, 5• T., REsp n. 468.229/SC, rei. Min. Felix Fischer, j.

08.06.2004, publicado no DJ de 28.06.2004, p. 384). Neste mesmo sentido, CRAMER, Ronaldo. Ação rescisór a por violação da 11or111aj11rídica. Salvador: Editora Jus Poclivm, 20 1 1 .

p. 188.

1 07. COSTA, lliales Morais ela. "Rccu&#xfffd;o especial em ação rescisória- art. 485, V, do CPC". Aspeclos polêmicos e a111ais dos recursos civeis e de c111rasfor111as de impugnação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coorcl.). São Paul 1: RT, 2001, p. 1.085-1 .086.



à lei colocada como causa de pedir da ação rescisória108, que será visto adiante. Essa relação não passou despercebida do Tribunal Superior do Trabalho, conforme j á apontado n o exame do n . 4 1 O da súmula d a sua jurisprudência predominante, logo abaixo. O mesmo TST, ainda, exige o prequestionamento para a admissibilidade da ação rescisória Fundada no inciso V do art. 485. E aqui também se exige que o prequestionamento seja explícito - com expressa menção ao dispositivo de lei que se reputa violado no decisum rescindendo. É o que dispõe o enunciado n. 298 da súmula da jurisprudência do TST, nos seguintes

termos: "A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada" (grifos aditados)1º9. N a doutrina, advertem sobre o ponto Bernardo Pimentel Souza110 e Valentin Canion 1 1 1 .

Também neste sentido, STJ, Primeira Seção, A R n . 1 . 1 96, rei. p/ acórdão Min. Eliana Calrnon, j. 26.03.2003, 0.1 de 1 3.09.2004, p. 1 63.

É importante lembrar que, sendo a violação a literal dispositivo legal a causa de pedir da ação rescisória, é preciso que o autor aponte expressamente qual o dispositivo que reputa violado, não podendo o tribunal suprir a omissão, em 108. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisóri a". Temas de direito processual - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2 1 2.

109. Em sessão realizada no dia 6 de fevereiro de 2012, o Plenário do TST manteve, essencialmente, os lermos do enunciado nº 298 de sua Súmula. Em primeiro lugar, reafirmou, no seu item l, que "a conclusão acerca da ocorrência de v iolação literal a disposição de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada". O item l i do enunciado esclarece que "o pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rcscindenda para que se considere preench ido o pressuposto". Admite-se, assim, prequestionamento implícito. Não é necessária a referência ao número do artigo tido como violado; basta que a matéria prevista no enunciado normativo tenha sido objeto de julgamento. Exatamente porque o texto não se confunde com a norma, não há necessidade de expressa referência a um enunciado normativo, sendo suficiente que o assunto pertinente à respectiva norma tenha sido objeto de julgamento. Segundo o item 11.1 do aludido enunciado sumular, "para efeito de ação rescisória, considera-se pronunciada explicitamente a matéria tratada na sentença quando, examinando remessa ele oficio, o Tribunal simplesmente a confirma". Se o acórdão rescindenclo examinar o caso em razão do reexame necessário e cuidar de confirmar a sentença por seus próprios fundamentos, entende-se que há pronunciamento explícito sobre t11do quanto consta da sentença reexaminada. Se a sentença for meramente homologatória, sem qualquer motivação, não é possível, nos termos do item JV do enunciado sumular, a ação rescisória, exatamente porque não terá havido prequestionamento. Diante da falta de

pronunciamento explícito sobre qualquer questão, não há prequestionamcnto, não sendo cabível a ação rescisória. Não se afigura correta tal orienta

ção. A legislação não exige que a sentença homologatória seja fundamentada. Por outro lado, tal sentença produz coisa julgada material, resolvendo o mérito. Se o acordo contém obrigação que contraria norma jm·ídica, deve ser admitida a ação rescisória. Embora entenda ser necessário o prequestionamento para a ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC, o TST flexibiliza tal orientação, esclarecendo, no item V do enunciado nº 298 de sua súmula, St!r dispensável o pronunciamento explícito "quando o vício nasce no próprio j ulgamento, como se dá com a sentença 'extra, cilra e ultra petita'. Não se deve exigir o prequestiomunento para que se admita a ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC. O TST, entretanto, faz, de há muito, essa exigência.

1 1 O. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 744.

1 1 1 . CARRION, Yalentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2001 , p.

625 e 626.

homenagem à regra da congrné-ncia. É possível, porém, que se prescinda da

referência a número de artigo ou parágrafo, "desde que claramente identificável o conteúdo" da norma impugnada112•

A propósito, eis o teor do enunciado n. 408 da súmula da jurisprudência do TST:

"Não padece de inépcia a pet ção inicial de ação rescisória apenas porque omite a subsunção do fundamento de rescindibil idade no art. 485 do CPC ou o capitula en-oneamente em um de seus heisas. Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-U1es a adequada qualificação jurídica (' iura no"if curia)

' . No entanto, fundando-se a ação rescisória

no art. 485, inc. V, do CPC, é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio 'iura novit curia' ."

Por sua vez, o termo literal constante da expressão "violação a literal disposição de lei" tem suscitado discussões no âmbito doutrinário e jmisprudencial, causando dificuldades na sua compreensão ou, até mesmo, na delimitação ou extensão dessa hipótese de cabimento da ação rescisória.

O termo literal, contido no texto do inciso mencionado, está empregado ali no sentido de expresso, revelado, sendo cabível a ação rescisória quando o juiz tiver violado o direito expresso ou revelado no caso concreto. Em outras palavras, tendo o juiz violado um costume, um princípio, wna lei expressa, ou, até mesmo, normas interpretativas, caberia a ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC. Enfim, qualq er direito expresso ou revelado, seja escrito ou não escrito, uma vez violado, poderá ser protegido pelo ajuizamento e posterior acolhimento da ação rescisória. Quando se alude a "violação a l iteral disposição de lei", está-se a referir a "violação a hteral fonte do direito"113, o que incluiria violação a princípio114. A violação de qualquer normajurídica possibilita o i ngresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado.

De fato, quando o art. 485, V, do CPC, dispõe como hipótese de cabimento de rescisória a violação literal de disposição de lei, a interpretação que se lbe dá é 1 1 2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. C 0111e111ários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 132.

1 1 3. Essa é a opinião de MIRANDA, f rancisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da açào rescisória, cit., p.

265-309: ZAVASCKJ, Teori Albino. "Ação rescisória em matéria constitucional". Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis e de 011tra5formas de i111p11g11ação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 200 1 , p.

1 .046; SOUZA, Bernardo Pimentel Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisóric1. 4" ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 494-495. Parece ;)artilhar dessa opinião José Carlos Barbosa Moreira, quando afirma que melhor teria sido substituir a e ·pressão "violação a literal disposição de lei'" por "violação a direito em tese··. E isso porque "o ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista". (Come111á1 ios ao Código de Processo Civil. 13ª ed., cit., p. 1 3 1).

1 14. Assim, entre outros citados ao lon.,io do texto, TALA!Yl!Nl, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT. 2005, p. 159; WAMB!ER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estriro direito e de açà > rescisória. São Paulo: RT, 2001, p. 260 e 337.

no sentido de que o que se pretende proteger é o ordenamento jurídico como um todo, aí incluídas todas as modalidades de veículos normativos, escritas ou não, explícitas ou implícitas. 115 Como afirma Barbosa Moreira: "Nem é menos grave o erro do julgador na solução da quaestio iuris quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum"1 1 6•

É preciso neste momento fazer uma pausa.

Texto e norma são inconfundíveis. Há texto sem norma, bem como há norma sem texto. A norma é o produto da interpretação do sistema normativo.

Eis a lição de Humberto Ávila "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos norn1ativos.

Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. (...) Quais são cios dispositivos que prevêem os princípios da segurança jurídica e ela certeza cio Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir cios quais não é construída norma alguma. Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir cio qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa"117•

O SurERJOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, quando do j ulgamento do REsp 845 .9 1 0/

RS publicado em 23. 1 1 .2006, admitiu ação rescisória, que, com base em vio

,

lação ao princípio da proporcionalidade, buscava rescindir acórdão do TRF da 4ª Região, que, numa causa sobre imunidade tributária de entidade beneficente de assistência social, arbitrou honorários advocatícios que redundaram em cifra superior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Restou consignado, naquela decisão, que a j urisprudência do STJ tem entendido que discussões envolvendo 1 1 5. "Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dada ao termo lei referido no inciso V do art. 485. Lei, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de norma jurídica, independentemente de seu escalão. Isto é, tanto pode se conceber a rescisória para impugnar decisão

que violou a Constituição, leis propriamente ditas (i11cluindo as medidas provisórias que têm força de lei), bem assim atos infralegais como decretos, regulamentos. O STJ já admitiu a rescisória calcada no inciso V do a11. 485 por ofensa a dispositivo de seu próprio Regimento Interno." (BUENO, Cassio Scarpinella.

Código ele Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1 .477.) 1 16. MORE IRA, José Carlos Barbosa. Comen1ários ao Código de Processo Civil. 13" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 1 3 1 .

1 17. Á VILA, Humberto. Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5" ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 30.



exorbitância ou insignificância de verba honorária - como também em condena

ções indenizatórias1 1 8 -, enquadram-se como questão de direito, e não fática, o que viabiliza o apreciação da r�scisória, com base no art. 485, V, do CPC, bem como o conhecimento de recurso especial. 119

O STJ, em outra oportunidade, acolheu ação rescisória por violação ao princípio do contraditório, porque o acórdão rescindendo havia acoillido embargos de declaração com efeito modificativo, sem t..:r intimado, previamente, a parte contrária (1 ª S., AR

n. 2.702, Rei. p/ ac. Min. Teor Zavascki, j . em 14.9.201 1.) Ademais, não há mais dúvida de que os princípios são enunciados normativos com força vinculativa. São non as 120. Compõem, pois, o ordenamento jurídico. A violação de uma dessas nonna!-. permite, pois, a rescisão de decisão j udicial que viola norma-princípio.

Cumpre, a propósito, obse ar que não cabe ação rescisória por violação a um enunciado de súmula de tribunal, ainda que se trate de síunula vinculante. Na verdade, cabe a ação rescisória or violação à norma representada pelo enunciado

da súmula. O enunciado da súmula divulga, resume e consolida uma interpretação dada a um dispositivo legal ou constitucional. E é essa interpretação que constitui a norma jurídica, e não o texto constante da letra do dispositivo. Se, por exemplo, um enunciado da súmula vinc lante do STF confere determinada interpretação ao dispositivo contido no art. x da Constituição Federal, o j ulgado que tenha decidido diferente terá violado a norma extraída do art. x da Constituição Federal.

1 1 8. Por todos, vale registrar o recente Rl:sp 897 .089/SP: "O entendimento deste Superior Tribunal de Just"iça é firme no sentido de que evidente l Xagero ou manifesta irrisão na fixação do ressarcimento pelo dano moral, pelas instâncias ordinárias, v ola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tomando possível, assim, a revisão da aludida quantificação." (REsp 897.089/SP, Rei. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 06.03.2007, DJ 02.04.2007 p. 292).

1 1 9. Também admitindo a ação rescisóna por violação a princípio, STJ, 3" T., REsp n. 329.267/RS, j. em 26.08.2002, publicado no DJ de 14. 0.2002, p. 225. Ao julgar o REsp 1 .2 1 7.321/SC, rei. originário Min.

Herman Benjamin, rei. para o acóroão Min. Mauro Campbell Marques, a 2" Turma do STJ reafirmou o entendimento de que cabe ação resc sória para discutir exclusivamente a verba honorária, ainda que não tenha havido sentença de mérito, de,de que configurada uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.

Em tal julgamento, não se admitiu, rnlretanto, a rescisória por violação aos §§ 3° e 4° do art. 20 do CPC, se a parte simplesmente discorda do resultado da avaliação segundo os critérios legalmente estabelecidos.

Também se afirmou, contrariamenu ao quanto julgado no REsp n. 329.267/RS, não ser cabível ação rescisória para discutir a irrisoriedace ou a exorbitância de verba honorária.

120. A bibliografia sobre o tema é vastís[illegible]i.ma. Além da obra de Humbe110 Ávila, já citada, com muito proveito podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: BARCELLOS, Ana Paula de. A eficúciajurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar.

2002, p. 59- 1 02; ALEXY, Robert. Teoría de los derecl10sji111da111entales. Ernesto Garzón Valdés (trad.).

Madrid: Centro de Estúdios Politico&#65533; y Constitucionales, 2002, p. 8 1 - 1 72; BARROSO, Luis Roberto (org.).

A nova inte1pretação constitucional Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CANOTI LHO, José Joaquim Gomes.

Direito Co11stitucional e Teoria da c,ons1it11içào. 6a. ed. Lisboa: Alrnedina, 2002.

AÇÃO RESCISÓRJA

O que restou violado foi a norma daí extraída. Na ação rescisória, indica-se que a violação foi ao art. x da Constituição Federal.

Por outro lado, há quem perfilhe o entendimento segundo o qual a expressão equivale a direito escrito, devendo a violação atingir a lei ou a tese nela contida expressamente121•

Seja como for, parece haver uniformidade de entendimento no sentido de que,

para a admissibilidade da ação rescisória, não seria necessária a violação à literalidade da norma. É que a norma poderia estar sendo violada, por não ter o órgão julgador se valido de um método interpretativo mais adequado para o caso concreto, tendo, por exemplo, utilizado um método de interpretação literal, no que pode ter sido rigoroso, atentando contra o espírito da norma, contra sua interpretação teleológica, que seria mais adequada. Enfim, há violação à lei, para efeito de cabimento da ação rescisóri.a, não apenas quando se contraria expressamente o dispositivo normativo, aplicando-o onde não cabe, mas também quando se lhe nega vigência ou, ainda, quando evidente erro n a qualificação jurídica dos fatos122•

A ação rescisória, pelo menos quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, constitui mecanismo, de estrito direito, destinado ao controle de decisão de mérito transitada em julgado. Em outras palavras, na ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC não se permite o reexame de fatos ou de provas, é dizer, não se pem1ite a ação rescisória para tratar sobre questão de fato. Esse, aliás, o sentido do verbete n. 41 O da súmula do TST: "A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda"123•

Já se viu que a ação rescisória, quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, somente se afigura cabível, se a questão for direito. Em se tratando de questão 1 2 1 . PEREIRA, Rosalina Pinto ela Costa Rodrigues. "O art. 485, V, do Código ele Processo Civil". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 997, n. 86, p. 125- 1 30.

J 22. Nesse sentido: "Assim, o que acontece é que, em determinados casos, a análise da violação à lei importa em uma reanálise da qualificação jurídica dos fatos, o que não significa reapreciação ela prova, porque a ação rescisória não se presta para reexame da matéria fálica, a fim de corrigir decisões injustas". (PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. "O art. 485, V, do Código de Processo Civil", cit., p. 1 3 1).

1 2 3 . Neste sentido, CRAMER, Ronaldo. Ação rescisória por violação da nonnajurídica. Salvador: Editora Jus Podivm, 20 1 1 , p. 1 94, com a seguinte ponderação: "a impossibilidade de reexame de questão de fato no juízo rescindente não impede que o órgão julgador, para verificar se houve violação da norma, refaça a subsunção, considerando apenas os fatos apresentados pela sentença rescindenda. No entanto, se o órgão julgador necessitar colher

elementos que não se encontram na sentença rescindcnda, tal apreciação lhe será vedada".

441





N

de fato, não se permite o manejo da ação rescisória, sob pena de se transfonná-la em recurso ordinário, com dilatado prazo de interposição.

Ao que tudo indica, o termo "violação a literal disposição de lei" deve ser interpretado como não apenas no sentido já apontado, ou seja, quando se viola a norma, quando se aplica a lei nde não cabe, quando se diz vigente dispositivo já revogado, quando se diz revogado dispositivo ainda vigente, quando se en-a na qualificação jurídica de um fato ou, ainda, e, sobretudo, quando se diverge da interpretação dada à lei pelo respectivo tribunal superior. Se a lei violada for uma norma constitucional, haverá tal violação, quando a decisão rescindenda tiver destoado da interpretação dada àquela norma pelo Supremo Tribunal Federal.

Caso, entretanto, a norma seja infraconstitucional, haverá a violação, quando a interpretação conferida pela decisão rescindenda afastar-se daquela ministrada pelo Superior Tribunal de Jusfr;a.

Com efeito, tanto o STF como o STJ desempenham a função primordial de interpretar e preservar, respectivamente, a legislação constitucional e a infraconstitucional, daí resultando o papel de un{formizar a jurisprudência nacional quanto àquela respectiva legislação, em decisões paradigmáticas.

Sem embargo dessas circu·1stâncias - em que se desnuda a definição da expressão "violar literal disposição de lei" - parece ainda prevalecer o entendimento, segundo o qual somente

"violação a literal disposição de lei", se somente

houve "uma única interpretação predominantemente aceita. Incabível, portanto, a ação rescisória com base no i e. V, do art. 485, quando se trata de interpretação controvertida, ou seja, quando a lei tenha sido objeto de mais de uma interpretação aceitável"12. O que se alega é que, "ao qualificar a violação com o adjetivo "literal", o legislador certamente quis, de algum modo, especificar o conceito, limitar sua abrangência. Não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa j ulgada, dando ensejo à ação rescisória".125

Tradicionalmente, entende-se que violar literal disposição de lei equivale a conferir-lhe uma interpretaçàc equivocada ele maneira aberrante, evidente, que salta aos olhos, não havendo tal violação literal, se a interpretação for razoável ou se havia, à época da decisão rescindenda, polêmica ou divergência jurisprudencial. Sob essa perspectiva, foi editado o enunciado n. 343 da súmula do STF, de cujo teor se extrai a seguinte dicção: "Não cabe ação rescisória por ofensa à 124. PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. ··o arl. 485, V, do Código de Processo Civil", cit., p. 133.

125. ZAVASCKI, Teori Albino. "Ação Rescisória em matéria constiwcional". Aspectos polémicos e a111ais dos recursos cíveis e de outras formas <.e impugnação às decisões judiciais. 'elson ery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São PaulJ: RT. 200 1 , p. 1 .046-1.047.



literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Esse verbete sumular contém o mesmo fundamento que inspirou o enunciado 400 da súmula do STF, de seguinte teor: "Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra

'a' do art. 1 O 1 , m, da Constituição Federal".

Cumpre advertir que, segundo o entendimento emão firmado, o enunciado 400 da Súmula do STF aplicava-se, apenas, à parte do recurso extraordinário que tratava ele norma infraconstitucional. Em se tratando ele norma constitucional, não incidia o enunciado sumular. Enfim, o enunciado 400 da Súmula cio STF nunca teve aplicação para matéria constitucional, aplicando-se, apenas, quando o recurso extraordinário versasse sobre questão infraconstitucional. Atualmente, entende-se que a Súmula 400 do STF não se aplica nem mesmo para questões infraconstitucionais, confom1e foi visto no capítulo dedicado aos recursos excepcionais.

A exemplo do que sucede com o enunciado n. 400, o de n. 343, também da súmula do STF, não tem aplicação quando a norma violada for de índole constitucional 126• É que a violação a uma norma constitucional é bem mais grave do que a ofensa a um dispositivo de lei infraconstitucional; violar a Constituição equivale a atentar contra a base do sistema normativo. Cumpre, diante disso, preservar a supremacia da Constituição e, de resto, garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião do texto constitucional127. Não é sem razão, aliás, que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucional idade, despontam como paradigmáticas; e, por isso, os demais tri bunais da federação devem segui-las.

É pacífico, aliás, o entendimento j urisprudencial no sentido de que o enunciado 343

da Súmula do STF não se aplica, quando a norma tida como violada for de índole constitucional. Significa que, ainda que controvertido o entendimento quando da prolação da decisão rescindenda, cabe a rescisória, se for constitucional a norma apontada como violada. A título exemplificativo, confira-se o teor do seguinte j ulgado: "EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabil idade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5°, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do 126. Assim, p. ex., STJ. I' S., AR n. 730/MG, rei. Min. Joilo 01ávio de Noronha, j. 12.05.2004, publicado no DJ de 14.06.2004, p. l 53).

127. ZAVASCKI, Teori Albino. "Ação Rescisória cm matéria constitucional". cil.. p. 1 .048-1 .053.

p

direito adquirido. 5. Agravo reJimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal J quo aprecie a ação rescisória."128

Ao julgar os embargos declara1órios opostos contra tal acórdão, o STF, inicialmente entendendo que o Plenário p0de julgar embargos de declaração opostos contra acórdão proferido por Turma. reafirmou a inaplicabil idade do enunciado 343 da sua Súmula quando a matéria for constitucional. E isso porque "5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF

revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitl.Cional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão resci.ndenda tenha se baseado em interpretação controvertida, ou seja, anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal".129

Na opinião de Luiz Guilhem1e Marinoni, o enunciado n. 343 da súmula do STF

deve aplicar-se irrestritamen.e, tanto para questões constitucionais quanto para questões infraconstilllcionais. não sendo, em qualquer hipótese, cabível a rescisória, quando a interpretação, à época do julgado rescindendo, fosse controvertida.

É que, segundo entende, o an. 485, V, do CPC prevê ação rescisória para hipótese de violação a literal disposiçi10 de lei, e não para caso de direito superveniente. O

entendimento que afasta o e 1unciado 343 da Súmula do STF quando a matéria ostenta feição constitucional está, na sua opinião, permitindo uma ação rescisória fundada em direito superveriente, e não em violação a literal disposição de lei.

Em suas palavras, " ... , a açãc rescisória que se dirige contra decisão que tratou de questão prejudicial sobre a qual recaía divergência interpretativa não é fundada em

'violação literal ele lei', mas ..:m i11s superveniens. Isto se torna evidente quando se percebe que esta rescisória n io se preocupa com o teor da decisão rescindenda, ou seja, com a circunstância de a decisão ter violado literalmente, ou não, uma norma, bastando não só para a sua idmissibil iclade, mas também para a procedência do pedido desconstitutivo, apenas um pronunciamento do

Supremo Tribunal Federal com sinal contrário ao da decisão que se almeja rescindir. Sustenta-se que a ação é fundada em 'violação literal de lei' obviamente porque existe esta previsão para a rescisão ela coisa j ulgada (art. 485, CPC). Não há, nem poderia haver, ação rescisória amparada em ius superveniens ". 130

A rescisória cabe, não há divida, quando a decisão rescindenda confere à norma constitucional interpretação manifestamente inconstitllcional, ou quando aplica lei que já teve sua inconstituci)llalidade proclamada pelo STF, ou quando deixa de aplicar norma já declarada constitucional pela Corte Suprema.

Enfim, se a decisão rescindenda baseou-se em norma cuja interpretação era controvertida à época de sua rolação, não cabe ação rescisória (Súmula STF, n.

343), a não ser que tal norma seja coostitucional.

128. STF, 2' T., RE-AgR n. 328.812/AM, rei. Min. Gilmar Mendes, j. cm 10.1 2.2002, publicado no DJ de 1 1/4/2003, p. 42.

129. STF, Pleno, RE-ED n. 328.812/All!, rei. Min. Gilmar Mendes,j. em 06.03.2008, publicado no DJe-078

divulg. 30.04.2008 public 02.05.2008.

130. Coisa julgada inco11sritucio11al. S[illegible]o Paulo: RT, 2008, n. 4.3, p. 1 16- 1 1 7.



AÇÃO RESCISÓRIA

O STJ, na trilha da orientação ministrada pelo STF, já manifestou entendimento no sentido de não ser aplicável o enunciado 343 da Súmula do STF também quando violada norma infraconstitucional. Como o STJ ostenta a função de intérprete autêntico da norma infraconstitucional, a i nterpretação que for por ele fixada é a que deve prevalecer, sendo ilegal toda e qualquer decisão proferida em sentido contrário, ainda que anterior ao entendimento fixado pelo STJ e mesmo que controvertido, à época do julgamento rescindendo, o entendimento a respeito da interpretação a ser dada à norma infraconstitucional. Convém transcrever os

itens 2, 3 e 4 da ementa do STJ, l ª T., REsp n. 1 .026.234/DF, rei. Min. TeoriAlbino Zavascki, j . em 27.5.2008, publicado no DJe de 1 1 .6.2008:

"2. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a nomia federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por otllros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação.

Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância.

3. Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particulam1ente, o dever de dar tratamento j urisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações j urídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias pennanentcs, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, po1ianto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilácica e uniformizadora e pennita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.

4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento

evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores".1l1

1 3 1 . STJ, I' T., REsp n. 1 .026.234/DF, rei. Min. Teori Albino Zavascki,j. 27.5.2008, publicado no DJe de 1 1 .6.2008. Em semido contrário: STJ, 3ª T., AgRg no REsp 873.570/SP, rei. Min. Sidnei Beneti, j. em 445



F1tED1E D1rnER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA

Trata-se de julgamento paradigmático. Mas foram acolliidos os embargos de divergência interpostos contra esse acórdão, refomrnndo-se a decisão da Tunna do STJ (reL Herman Benjamin, j . em 1 3.05 .2009). Aparentemente, portanto, o precedente teria perdido a sua importância, exatamente porque fora substituído por outra decisão. Sucede que a decisão dos embargos de divergência não enfrentou o tema da relativização da aplicação do n. 343 da súmula do STF nos casos em que a controvérsia :á tenha sido pacificada pelo STJ. Os embargos de divergência foram acolhid s para reformar a conclusão a que chegou a l ª

Turma, no mencionado acórdão, sobre a questão principal discutida; reviu-se, portanto, a solução de mérito 'obre a correta interpretação da lei federal; a Se

ção, no julgamento dos embargos de divergência, deu urna solução de mérito distinta daquela que fora dada ela Turma. A questão da relativização da súmula 343 não foi enfrentada. Enfim, o acórdão proferido no REsp n. 1 .026.234, não obstante tenha sido reformado, ainda é muito relevante, pois aponta para uma transformação ela jurisprudência consolidada sobre a aplicação do inciso V elo art 485 do CPC. Está-se diante de um verdadeiro signaling do Superior Tribunal de Justiça, que assinala o provável overruling de sua jurisprudência (sobre o signaling, ver capítulo sobre a teoria do precedente no v. 2 deste Curso).

De todo modo, convém dizer que a ação rescisória, neste caso, somente será admissível quando o posicionamento firmado pelo STJ for anterior à decisão

transitada ernjulgado;132 se à éooca da decisão rescindenda havia controvérsia em torno da i nterpretação da regra legal, não se admite a rescisão da sentença, que se configuraria, no caso, grave ameaça à segurança jurídica.

7.9. Prova falsa

Cabe ação rescisória, na dicção do inciso V I do art. 485 do CPC, quando a sentença de mérito transitada em j ulgado fundar-se em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou tenha sido provada na própria ação rescisória.

22.6.201 O. publicado no DJe de 3(.6.201 O. ali restando consignado que .. A violação literal de dispositivo de lei que possibilita o aforamrnto da ação rescisória. fundada no ai1igo 485, V, do CPC. tem como pressuposto o fato de a norma ter sido infringida crn sua literalidade. E. no caso, a violação literal não está presente. pois, o Acórdão rescmdendo apenas elegeu uma dentre as interpretações possíveis para os dispositivos tidos por violados."

J 32. Nesse semi do, assim decidiu o Sup�rior Tribunal ele Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1 .00 1 .779/DF, rei. Min. Luiz Fux, quando. então consignou, no item 2 ela ementa, que "A ação rescisória, a contrario sensu, resta, então, cabível, se. ã época do julgamento cessara a divergência. hipótese cm que o julgado divergente. ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido:·

(STJ, 1• S .. j. 25. 1 1 .2009, DJde 1 {.12.2009).



AÇÃO RESCISÓRIA

É preciso notar que somente cabe a rescisão se a decisão fundar-se na prova falsa. Se a decisão rescindenda funda-se em outra prova, além daquela que se reputa falsa, não há o direito à rescisão, pois, afinal, a decisão pode manter-se com base em outro lastro probatório. Somente cabe a rescisão em razão da prova falsa, se ela for a "base" que sustenta a decisão rescindenda. "O que importa é averiguar se a conclusão a que chegou o órgão judicial, ao sentenciar, se sustentaria ou não sem a base que lhe ministrara a prova falsa. A sentença não será rescindível se havia outro fundamento bastante para a conclusão". 133

Essa hipótese de ação rescisória diz respeito a qualquer prova. Sendo falsa uma prova documental, testemunhal, pericial134, enfim, sendo falsa qualquer prova produzida, cabe a ação rescisória135• Percebe-se que não se cogita a falsidade de urna presunção, que não é meio de prova (ver capítulo sobre a teoria geral da prova no v. 2 deste curso)136.

A falsidade da prova tanto pode ser material como ideológica137• Segundo esclarece Evaristo Aragão Ferreira dos Santos, "para que esteja configurada a falsidade suficiente para fundamentar a rescisória, basta que o fato atestado pela prova não corresponda à verdade. Pouco importa que essa alteração da verdade tenha ocorrido consciente ou inconscientemente. É suficiente, para caracterizar a falsidade, a mera desconformidade entre o efetivamente ocon-ido e o fato atestado pela prova".138

Nos termos do inciso VI do art. 485 do CPC, essa falsidade deve ter sido apurada em processo criminal, podendo, ainda, ser demonstrada na própria ação rescisória. Não obstante a literalidade da regra, também se deve admitir a ação rescisória, quando a falsidade tiver sido apurada em ação declaratória civil (CPC, art. 4°, II)139. Todavia, se a sentença proferida na ação declaratória de autenticidade, 1 33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e11tários ao Código de Processo Civil. 1 3" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 1 34. Neste sentido, também M 1 RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória. Campinas: Booksclicr, 1998, p. 323; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 325.

1 34. STJ, 3ªT., REsp n. 885.352/MT, rei. Min. Paulo de Tarso Sanseverino,j. cm 07.04.201 1 , publicado no DJe de 14.04.20 1 1 .

135. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tra1ado da açâo rescisória. Campinas: Bookseller, 1 998, p.

312; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 326.

136. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 134.

1 37. SOUZA, Bernardo P i mcntcl. J111rodução aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 744.

1 38. "A ação rescisória fundada cm prova falsa e a sentença civil declaratória de falsidade". Aspectos polêmicos e atuafa· dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 340.

139. Nesse sentido, com ampla argumentação: SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. "A ação rescisória fundada em prova falsa e a sentença civil declaratória de falsidade", c it., p. 351 -352. Em sentido contrário, Barbosa Moreira: "A prova da falsidade terá de ser feita no processo da rescisória; e, embora óbvio que a 447





sória,

houver declarado autêntico o d cumento, fica excluída a possibilidade de rescisão com base nesse fundamento, em razão da eficácia positiva da coisa juJgada14º.

Cabe, enfim, a ação resci

se a prova utilizada (e que fundamentou a

sentença de mérito) for falsa.

A prova falsa é, como vist , uma prova que não é verdadeira. Se cabe a ação rescisória por ter sido falsa a prova, cumpre investigar se também cabe a ação rescisória, quando a prova foi verdadeira (ou seja, não for falsa), mas tiver sido obtida por meio i lícito. Enfim, a prova verdadeira, obtida por meio ilícito, autoriza ação rescisória?

A Constituição Federal v�da a obtenção de provas por meios ilícitos. Nesse caso, "é possível afirmar que, mesmo não havendo com inação expressa de nulidade para as provas ilícitas ou obtidas mediante violação dos direitos fundamentais, isso não significa que elas devam ser admitidas no processo (art. 5°, LVI, CF). A prova i lícita, que equivocadamente ingressa no processo, não pode ser valorada pelo juiz, porque não integra a esfera do seu l ivre convencimento, sob pena de ocasionar a nulidade da sentença".141

Os atos processuais, como se sabe, somente se consideram válidos, mantendo

-se hígidos, se realizados em conformidade com as determinações contidas em lei, sendo, então, aptos a produzirem os efeitos projetados e almejados. Significa que, não atendidos os requisiLOS legais para a prática do ato, restará caracterizada sua invalidade e inaptidão para o alcance do seu desiderato. Assim, se a prova é ilícita, ou seja, foi produzida em desacordo com as exigências e os requisitos previstos em norma de direito material - aí incluída a constitucional - é possível a sua nulidade. Nula a prova, a sentença está fundada em fato não provado, deixando de conter legitimidade.

Daí resulta a nu! idade d 1 sentença, eis que proferida sem a efetiva produção da prova142• Na verdade, "o direito à prova inclui, pois, o direito ao exame, na sentença, das provas relevactes para a solução da causa. Não há de ser considerado legítimo o exercício do poder jurisdicional quando o Estado-juiz se omite na seniença civil represenlará poderosíssimo elemento de convicção, o órgão julgador da rescisória conserva integral liberdade de apreciação e não fica excluída a possibilidade de rejeitar ele o pedido por não se haver convencido da falsidade. Não o vincula, aí, a auctoritas rei iudicatae da sentença civil declara1ória

- o que não deixa de configurar uma singularidade na sistemá1ica processual". (Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 136).

140. MOREIRA, José Carlos Barbos 1. Come111ários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 134.

1 4 1 . CAl\ilBI, Eduardo. Direito cons.itucional à prova 110 processo civil. São Paulo: RT, 2001, n. 5.5, p. 1 79.

142. GRINOVER, Ada Pellegrini. "(I direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição". O processo em evolução. Rio de Janeiro: Foren>c Universi tária, 1996, p. 327.

análise de uma prova relevante que, caso fosse examinada, poderia possibilitar uma reconstrução diferente dos fatos, implicando uma consequência jurídica contrária àquela obtida sem a apreciação probatória. A valoração, todavia, nem sempre é necessária, mostrando-se supérflua quando outros elementos probatórios analisados asseguram a fundamentação da decisão. Entretanto, a sentença que deixa de valorar uma prova relevante ao julgamento da causa e traz prejuízos a uma das partes pode ser considerada nula, inclusive por falta de motivação (art.

93, IX, CF).143

Ora, se o juiz fundamentou-se numa prova, e esta prova é ilícita, deverá ser desconsiderada sua produção. Então, a sentença estará fundada em fato não provado, ou seja, a sentença deixa de conter fundamentação.

Sabe-se que a sentença pode ser nula, por padecer de vícios intrínsecos, ou seja, defeitos da sentença em si mesma, quando, por exemplo, não contiver fundamentação. Não havendo prova, deixa de haver fundamentação na sentença, passando a ser nula. Isso porque a prova ilícita é considerada como prova não produzida. E a sentença que nela se funda, não está fundada em prova alguma.

Enfim, havendo algum vício na própria sentença, esta poderá ser invalidada.

As sentenças passíveis de inval idação podem ser atacadas por apelação e, sucessivamente, pelos recursos previstos na lei processual. Sobrevindo o trânsito em julgado, essa sentença passa a ser, igualmente, rescindível, podendo ser desconstituída por ação rescisória no prazo de 2 (dois) anos. Significa que algumas sentenças defeituosas, após o trânsito em julgado, passam a ser também rescindíveis.

O fundamento da rescisória, nesse caso, é o art. 485, V, do CPC, porquanto terá havido ofensa a literal disposição de lei. Realmente, utilizada uma prova ilícita no processo, restou violada a nomrn que a proíbe. Tudo está a indicar, portanto, que a prova verdadeira, obtida por meio ilícito, autoriza ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC. A conclusão é a de que cabe a ação rescisória, não com fundamento no inciso VI do art. 485 do CPC, pois a prova é verdadeira, ou seja, ela não é falsa, mas com fundamento, isto sim, no inciso V do art. 485 do CPC, haja vista a violação a literal disposição de lei.

7.10. Documento novo

A hipótese descrita no inciso V l l do art. 485 do CPC não encerra caso de rescisória por defeito da sentença (invalidade). A sentença, na espécie, é válida, 143. CAM BT, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 200 1 , n. 5.5, p. 180-1 8 1 .

u



ostentando uma injustiça a ser liminada pela ação rescisória. Nesse caso, a ação rescisória é cabível, quando o a tor, depois da sentença, obtiver documento novo.

O cabimento da rescisória depende de um único meio de prova: o documento, não sendo possível, no particular, o uso da analogia para que se admita a rescisão com base em outros meios de prova, tais como a testemunhal 144, a inspeção judicial, dentre outros.

Daí já se percebe não caber a ação rescisória fundada em declaração de quem podia ter sido testemunha no processo originário145.

A propósito, é conveniente destacar que constituem exemplo de prova documental a fotografia, a reprodução mecânica, a película, fita de gravador, enfim, qualquer reprodução mecànica (CPC, art. 383)146. Na realidade, em direito probatório, são considerados documentos não somente os escritos, mas também as plantas, cartas topográficas, desenhos, fotografias, fonografias e outros instrumentos semelhantes147.

No conceito de documento novo incluem-se todas modalidades de documento, cabendo, em qualquer dessas ipóteses, a ação rescisória. Inadmissível, porém, a rescisória fundada em documento particular, quando a lei exige, para a prova do fato alegado no processo anterior, instrumento público (CPC, art. 366)148. Os documentos eletrônicos tamb m devem ser considerados na admissibilidade da

.

ação rescisória fundada no inciso VII do art. 485 do CPC149.

Independentemente do tip de documento ou da classificação que ele possa ter, o que importa verificar é que, em se tratando de documento novo, será possível intentar a ação rescisória. Na v rdacle, documento novo é aquele estranho à causa, ou seja, aquele "ainda não pertencente à causa "150.

Em outras palavras, o documento novo não é aquele constituído posteriormente151 . O documento novo é aquele que não foi apresentado no curso do processo originário, destinado a provar fato já ocorrido152. Enfim, documento novo é aquele que já existia no momento da pro lação do julgado rescindendo, mas não foi apresentado oportunamente no processo originário. Vale dizer que o documento não 144. SOUZA, Bernardo Pimentel. lmroação aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 747.

145. RIZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit. p. 173.

146. PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Cóaigo de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1 . 1 64.

147. SANTOS, Moacyr Amaral. Prova) 1diciária no cível e comercial. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1 954, V. 4, n. 18, p. 34.

148. RlZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit.. p. 1 73.

149. PORTO. Sérgio Gilberto. Co111en1ários ao Código de Processo Civil, cit., p. 327.

1 50. RlZZI, Sérgio. Ação rescisória, ciL. p. 179.

1 5 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. ("0111entários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 122.

1 52. SANTOS, Emane Fidélis. Manual de direi/o processual civil. 6 cd. São Paulo: Saraiva, 1 998, v. 1, n. 866, p. 624.



existente no momento em que proferido o decisum rescindendo não possibilita a desconstituição do julgado153.

Cumpre ao autor da rescisória demonstrar o momento em que obteve o documento novo. É que, na dicção do art. 485, VII, do CPC, o documento novo deve ser obtido "depois da sentença". Ao aludir ao momento ocorrido "depois da sentença", o dispositivo, em verdade, está a referir-se ao instante verificado após a última oportunidade em que era permitido à parte valer-se do documento na

ação originária154.

Em outras palavras, o momento da descoberta do documento novo deve ocorrer

"depois da sentença", ou seja, depois da preclusão probatória. Se ainda era possível à parte juntar o documento no processo originário, e não o fez, não caberá a rescisória. Esta somente será cabível, se o documento foi obtido em momento a paitir do qual não se permitia mais juntá-los aos autos do processo originário.

Como se percebe, a expressão "depois da sentença" não deve ser tomada no sentido l iteral. Se o documento foi obtido após a sentença, poderia a parte, na apelação, demonstrando a existência de força maior que impediu a juntada em momento anterior (CPC, art. 5 1 7), acostar a prova documental aos autos. Nesse caso, não se revela cabível a rescisória155. Caso fosse lícito à parte j untar o documento em qualquer momento do processo originário, e desde que ainda possível ao órgão jurisdicional levar em conta o documento, antes da ocorrência do tTânsito em j ulgado, não se admitirá a ação rescisória.

Já se percebe qual deve ser o momento da descoberta do documento: a partir do instante em que não se possa mais juntá-lo aos autos ou a partir do momento em que não possa mais ser apreciado no processo originário.

A ação rescisória, fundada em documento novo, somente deve ser admitida, se o autor da rescisória, quando parte na demanda originária, ignorava a existência do documento ou não pôde fazer uso dele durante o trâmite do processo originário.

Vale dizer que o documento somente terá aptidão para permitir a rescisória, se houver a comprovação da existência de "contingências que obstaculizaram sua util ização na demanda anterior"156.

1 53. SOUZA, Bernardo Pimentel. !11troc./11çtio aos recur"os cíveis e à açtio rescisória. 3 ecl. cit., p. 746.

154. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. cit., n. 8 1 , p. 123; RIZZI, Sérgio. Aç<io rescisória. cit., n. 96, p. 1 75- 1 76; SOUZA, Bernardo Pimentel. Jn1rod11ção aos recursos cíveis e à açcio rescisória. cit., n. 22.4.8, p. 746.

1 55. RIZZl, Sérgio. Açiio rescisória. cit., p. 176.

1 56. PORTO, Sérgio Gilberto. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 328-329.



d

o



A ação rescisória, nesse ca1>0, não serve para obter-se o reexame da prova. A rescisão da decisão está condit:ionada ao desconJ1ecimento ou à falta de acesso de documento indispensável para a solução da causa157.

Enfim, a prute, para valer-se da ação rescisó1ia fundada em documento novo, deve demonstrar que não conhecia tal documento durante o processo originário ou, se o conhecia, a ele não teve acesso. Na hipótese de a parte deixar de juntar aos autos o documento por desídia ou por culpa sua, não poderá, posteriormente, i ntentar a rescisória funda a no inciso VII do art. 485 do CPC. Com efeito,

"desqualifica-se como documento novo o que não foi produzido na ação principal por desídia da parte"158.

Para que se admita a ação r scisória fundada no art. 485, VII, do CPC, o documento novo deve referir-se a fatos controvertidos no processo originário. Se o fato não foi alegado nem objeto de controvérsia no processo, não cabe a rescisória. Ora, se é preciso, para o cabimento da rescisória fundada em documento novo, que o fato tenha sido alegado no proc.esso originário, resulta curial que ao revel - o qual, j ustamente por ser revel, não alegou qualquer fato- não se franqueia a possibilidade de valer-se da ação rescisória, com fulcro no art. 485, VII, do CPC.

Não se nega que o revel p ssa intentar ação rescisória; a ele é conferida essa possibilidade159. O que se revela impossível é que sua rescisória tenha fundamento no art. 485, V l l , do CPC, na exata medida em que o documento novo deve dizer respeito a fato alegado e o reYel, por razões óbvias, não alegou qualquer fato no processo originário.

O documento novo deve, enfim, referir-se a fato alegado no processo originário, não contendo serventia aquele que diga respeito a fato não invocado no feito em que proferida a decisão rescindenda. E nem pode1ia ser diferente, visto que os fatos não alegados oportunamente no processo originário são alcançados pelo efeito preclusivo da coisa julgada, mercê da aplicação da eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC. "Não pode haver ampliação da área lógica dentro da qual se exerceu, no primeiro feito, a atividade cognitiva do órgão judicial, mas unicamente ampliação dos meios de prova ao seu dispor para resolver questão de fato já ar tes suscitada".160

O documento novo, que irá render ensejo à propositura da ação rescisória, há de ser suficiente para m dificar a conclusão a que se chegou na decisão 157. SOUZA, Bernardo Pimentel. Intrcdução aos recursos civeis e à ação rescisória. 3 cd. cit., p. 747.

158. STJ, 3ª T., AgRg no AG 11. 569.546/RS, rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro,j. 24.08.2004, publicado no DJ de 1 l . 1 0.2004, p. 3 1 8.

159. M EDEIROS, Maria Lúcia L. C. ce. A revelia sob o aspecto da instrumenta/idade. São Paulo: RT, 2003, n. 3.5.4, p. 165-168.

160. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 140.

rescindenda. Em outras palavras, tal documento "tem de ser bastante para que se j ulgasse procedente a ação"161 . De fato, é preciso que o documento novo, necessariamente e sozinho, gere um pronunciamento favorável ao autor da ação rescisória 162• O pronunciamento a ser obtido, com o documento, deve ser favorável, ainda que parcial 163•

A ação rescisória, no caso do inciso VII do art. 485 do CPC, deverá ser intentada por petição inicial que venha acompanhada do documento novo a que alude o

referido dispositivo. Trata-se de elemento indispensável à propositura da ação, sem o qual deverá o relator determinar a intimação do autor para, emendando a petição inicial, apresentar o documento (CPC, arts. 283 e 284).

Não se permite seja a ação rescisória intentada, sem o documento novo, nem se concebe que, em hipóteses assim, o autor peça ao juiz, incidentalmente, a exibição do documento, na forma descrita nos artigos 355 e seguintes do CPC. Isso porque um dos requisitos da rescisória, nesse caso, é, como se viu, a comprovação de que o autor da rescisória só teve acesso ao documento, "depois da sentença". Ora, se ainda não teve acesso ao documento, não l he cabe, por enquanto, propor a ação rescisória.

O que se permite é que o autor promova, antes, uma ação de exibição, a fim de, obtido o documento novo, aí sim intentar a ação rescisória164. Se, no curso dessa demanda, houver o risco de transcurso do prazo decadencial previsto no art.

495 do CPC, deverá, então, ser intentada a ação rescisória, em cuja petição inicial deve ser informada a existência da ação, requerendo-se a suspensão do processo rescisório, em vi1tude do que dispõe o art. 265, IV a, do CPC165•

,

O exame de DNA, obtido após o trânsito em julgado ou depois do momento processual para sua juntada aos autos do processo originário, pode servir para instruir a ação rescisória fundada em documento novo. A primeira dificuldade que se verifica é a de enquadrar o exame de DNA no conceito de prova documental.

E isso porque, consoante restou acentuado, a ação rescisória fundada no art. 485, VII, do CPC tem supedâneo, apenas, em prova documental, não contendo serventia qualquer outro tipo de prova.

Tudo indica que a preferência legal pela prova documental, na hipótese do inciso VII do art. 485 do CPC, aponta para a preocupação do sistema em não admitir "testemunha nova" como motivo de rescisão da decisão transitada em j ulgado. Daí se dizer 1 6 1 . MlRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da ação rescisória, cit., p. 330.

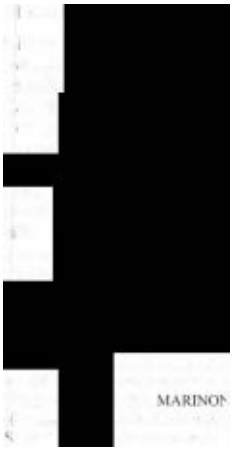
162. COSTA, Coqueijo. Ação rescisória. 7 ed. cit., p. 96.

163. RlZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit., p. 1 83.

1 64. COSTA, Coqueijo. Ação rescisória. 7 ed. cit., p. 95-96.

165. RIZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit., p. 1 84.







que o termo "documento" cont do no dispositivo deve compreender qualquer prova real, porquanto a razão da regra foi, certamente, a de excluir a prova testemunbal166•

Nesse sentido, deve-se admitir a ação rescisória com :fundamento em exame pericial novo167. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça vem aceitando, nesses casos, a ação rescisó1ia, entendendo que o e>.. ame de DNA enquadra-se no conceito de documento novo168. Para essa hipótese, bú quem defenda, de lege ferenda, a modificação do modo de contagem do prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, "para fixar o tenno inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda"169•

Barbosa Moreira, examinando a questão, demonstra que essas manifcstaçõesjurisprudenciais evidenciam uma tentativa de dar interpretação mais elástica à que se costumava dar ao inciso Vl do art. 485 do CPC:

·'O Código de Processo Civ 1 contempla, como fundamento do pedido de rescisão.

a obtenção, posterior à sertença, de documento novo, 'cuja existência [o autor]

ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável' (a· t. 485, nº V I I). Tem-se interpretado esse dispositivo como referente a docume1to que jó exis1ia quando da sentença rescindenda.

Assim nos pronunciamos, ao comentar a norma, com o apoio de doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, no Brasil e em países cujos ordenamentos contêm disposições análo5as. Tivemos o cuidado, todavia, de deixar expressa a ressalva 'em princípio'; i! em notas indicamos dois exemplos em que se abriu exceção à regra: um colh do em decisão do Superior Tribunal de Justiça (sentença penal absolutória superveniente ao primeiro processo), outro apontado na doutrina i ta 1 ia na e colhido na jurisprudência alemã (doeu menta público formado 166. COSTA, Moacyr Lobo da. ··Resci-;ória por descoberta de documento novo"'. Estudos de direi/o processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 256.

167. WAMBIER, Teresa Arruela Alvirr e MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relati1•i::ação. São Paulo: RT, 1003, n. 4.2.8., p. 202; 1, Luiz Guilherme. "O principio ela

segurança dos atos jurisdicionais a questão ela relativização da coisa julgada material)". Relativi=ação da coisa julgada - e11foq11e crí1ico . • alvador: Edições JusPODI VM, 2004. p. 1 75.

168. STJ, 2' S., R.Esp 11. 300.084/GO, --el. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.04.2004, publicado no DJ de 06.09.2004, p. 1 6 1 . No mesmo scrticlo: "CIVIL. PROCESSO CíVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO R.ES

CISÓRIA. 1 VESTIGAÇÀO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO. 1 . Como documento novo. eleve-se entende-aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor ela rescisnria, ou que dele não pode fazer uso. Hipótese cios autos. 2. Deve ser de tal ordem que. sozinho. seja capaY de modificar o resultado da decisão rcscindenda, favorecendo o autor da rescisória. 3. Esta Corte Superior. á sedimentou o entendimento de que "O laudo do exame ele D A, mesmo

realizado após a confirmação pcl11 juízo ad quem da sentença que julgou procedente a ação ele investigação ele paternidade, é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória (art. 485. VTI, CPC).

Precedeme citado: REsp. 1 89.30t-MG, DJ 25/8/2003."" (REsp 300.084-GO, Rei. Min. Humberto Gomes de Barros, 2' Seção, julgado em 28/,,/2004). 4. Recurso Especial provido." (STJ, 4' T., REsp 653.942/MG, rei.

Min. 1-louildo Amaral ele Mcllo C astro (Des. Conv. cio TJ/AP),j. 1 5.9.2009. DJe 28.9.2009].

169. MOREIRA. José Carlos Barbcsa. "Considerações sobre a chamada 'rclativizaçiio' ela coisa julgada material ... Rel'ista Foreme. Rio de Janeiro, 2005. n. 377, p. 56-57. Assim. também, 1, Luiz

Guilherme. "O princípio da scg1 rança dos atos jurisdicionais (a questão ela relativização ela coisa julgada material)"". cil., p. 1 76.

posteriormente, comprobatório de fato alegado no primeiro feito, nomeadamente certidão de nascimento capaz de provar, a posteriori, adultério não reconhecido no processo de divórcio). Pois bem: o STJ vem admitindo a idoneidade do laudo de exame de DNA, obtido depois de findo o pleito de investigação de paternidade, para lastrear ação rescisória com invocação de 'documento novo'. Não é demais pôr em relevo que o Tribunal de modo algum declarou 'nula' a senten

ça rescindenda, nem inventou novo meio de provocar o reexame da matéria.

Limitou-se a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de 'documento novo'. Soube conciliar e faz jus, por isso, a todos os louvores uma alegada exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo".17º

No caso de aposentadorias rurais, o conceito de documento novo deve ser alargado, admitindo-se a prova documental que, mesmo existente quando ainda em curso o processo originário e ainda que acessível ao trabalhador rural e dele conhecida, pode ser utilizada para ajuizamento da ação rescisória, que, nesse caso, deve ser admitida e, até mesmo, acolhida. 171

Transitada em julgado sentença condenatória de reparação civil, a superveniente sentença penal absolutória não se enquadra no conceito de documento novo. É que, como se viu, o documento novo a que se refere o art. 485, VII, do CPC caracteriza-se por ser documento antigo, existente ao tempo da demanda originária, mas somente conhecido ou acessível à parte após o momento próprio para ali produzi-lo. Enfim, o documento novo não é aquele constituído após o trânsito em julgado. O adjetivo novo diz respeito ao conhecimento e ao acesso da parte ao documento. A situação é mesma na hipótese inversa: julgado improcedente o pedido na ação civi 1, sobrevém, após seu trânsito em julgado, sentença penal condenatória. Esta, de igual modo, não se encaixa no conceito de documento novo, descabendo a ação rescisória fundada no a11. 485, VII, do CPC.172

7. 1 1 . Houver motivo para invalidar confissão, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ou transação em que se baseou a sentença Dispõe o inciso vm do art. 485 do CPC que cabe a ação rescisória, quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença.

1 70. "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", ci1., p. 56-57.

1 7 1 . STJ, 3'1 S., AR 11. 1 .427/MS, rei. M in. Gilson Dipp, j. 08.09.2004, publicado no O./ de 1 1 . 1 0.2004, p. 23 1 ; STJ, 3" S., A R 11. 789/SP, rei. Min. Hamilton Carvalhido, j . 28.04.2004, publicado 110 O./ de O l .07.2004, p. 1 68; STJ, 3' S., AR 11. 1 . 135/SP, rei. Min. Hamil1011 Carvalhido, j. 28.04.2004, publicado no DJ de o 1 .07.2004, p. 1 69.

1 72. STJ, 3' T., AgRg na MC 8.3 I OfMG, rei. Mio. Carlos Alberlo Menezes Direito,j.03.08.2004, publicado no D./ de 25. I 0.2004, p. 333.

455



O

FREDIE DIDIEI< JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Sabe-se que a desistência da ação dá azo à extinção do processo sem julgamento

do mérito, de sorte que se permite ao autor intentar novamente a demanda (CPC, art. 268), não havendo, na espécie, coisa julgada material. Na verdade, o interesse de agir na ação rescisória está presente, quando não for possível repropor a demanda ou quando se tornm indiscutível ou imutável a sentença. No caso da desistência, não há empecilh a que o autor proponha, novamente, a demanda, devendo, apenas, dirigi-la ao mesmo juízo que homologou a desistência, ainda que a demanda seja ajuizada em litisconsórcio ativo (CPC, art. 253, H).

Ao que parece, o legislador, ao referir-se no art. 485, VIII, do CPC à desistência da ação, quis mencionar a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, essa sim motivo de extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269, V). A propósito, assim leciona Bernardo Pimentel Souza:

"O tenno 'desistência' deve ser entendido como renúncia. É que, à luz do artigo 269, inciso V, há extinção do processo com julgamento do mérito 'quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação'. Ao revés, mera desistência da ação conduz apenas à extinção do processo semjtlgamento do mérito, confonne o disposto no artigo 267, inciso VIIl. Por tal razão, o 2.utor pode ajuizar outra ação, nos tennos do aitigo 268.

Dai a explicação para a inadmissibilidade de ação rescisória que objetiva a desconstituição de julgado que extinguiu o processo com base em desistência da ação".173

A confusão tern1inológica se deu por uma reprodução de termos contidos no Código de Processo Civil de Portugal de 1 939. No direito português, havia a "desistência do pedido" e a "desistência da instância". A "desistência do pedido" equivalia ao que o Código de Processo Civil brasileiro de l 973 denomina de "renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação ' . enquanto a "desistência da instância" correspondia à "desistência da ação " do CPC/1973 brasileiro. Daí o equívoco terminológico do atual CPC brasileiro, ao copiar a redação do antigo Código lusitano174•

Em razão disso, deve-se e ncarar o termo desistência contido no art. 485, VIU, do CPC como sendo renúnch.

Quanto à confissão, cumpre reportar-se ao disposto no a1t. 352 do CPC: se ainda pendente o processo em que foi feita, cabe ação anulatória. Se, todavia, já

transitada em j ulgado a sentença, o que cabe é a ação rescisória. Logo, no caso da confissão, somente cabe a ação rescisória, se já transitada em julgado a sentença nela fundada. Caso o pr ocesso ainda esteja pendente, a confissão poderá ser atacada por ação anulatória. o particular, não é demais advertir que, de acordo com o art. 2 1 4 do Código Civil, a confissão é irrevogável, somente podendo ser anulada por coação ou erro de fato. Significa que não é possível anular a confissão 1 73. SOUZA, Bernardo Pimentcl. lntrcdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cit., p. 749; BUE O, Cassio Scarpinella. Código de Pr.icesso Civil Interpretado, cit., p. 1 .480.

174. MOREIRA, José Carlos Barbosa Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 127.



por erro de direito, ou seja, o simples engano da parte na qualificação jurídica atribuída ao fato não invalida a confissão. Ademais, não se admite a anulação da confissão dada dolosamente, ou seja, o dolo não constitui motivo para se anular a confissão, justamente por ser irrelevante para a confissão, o que importa é o fato confessado175•

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, o inciso V J T I do art. 485 do CPC

deve ser interpretado extensivamente, admitindo-se a rescisão do j ulgado por todo e qualquer motivo para invalidar a con:fissão176• Essa é também a opinião de Flávio Luiz Yarshell '77• Bernardo Pimentel Souza concorda que as hipóteses de anulação da confissão são exemplificativas, e não taxativas, lembrando que, obtida, por exemplo, confissão do advogado sem poderes especiais para tanto (CPC, art.

38), é inválida, podendo ser anulada, a confissão178•

Na verdade, a ação anulatória proposta antes do trânsito em j ulgado tem causa de pedir restrita, somente cabendo em casos de erro de fato e de coação.

Conjugando o art. 352 do CPC com o art. 2 14 do Código Civil, pode-se concluir que a ação anulatória somente se revela cabível se tiver havido vício de vontade da parte que confessou. Em outras palavras, a anulatória, fundada no inciso I do art. 352, apenas é cabível se tiver havido erro de fato ou coação.

Quanto à ação rescisória prevista no inciso VIII do art. 485 do CPC, não há qualquer restrição, visto que o dispositivo estabelece caber a ação rescisória quando "houver fundamento para invalidar", ou seja, quando houver qualquer fundamento para invalidar179•

Quando o inciso vm do art. 485 do CPC alude a confissão está igualmente a referir-se ao reconhecimento da procedência do pedido, de sorte que, havendo motivo para invalidar um reconhecimento, será cabível a ação rescisória180• Logo, cabe a rescisória, quando houver motivo para invalidar a corifissão, a renúncia ao direito sobre o qual sefimda a ação e, ainda, o reconhecimento da procedência do pedido.

Há uma explicação histórica que legitima essa interpretação extensiva. O

CPC-73 importou essa regra do CPC Português de 1 939.

Ao falar de "confissão", não linha em vista o Código luso, ai, o meio de prova designado, com propriedade, por esse nomen iuris, e disciplinado nos arts. 560 e 175. OI DlER JR., foredic. Regras processuais 110 novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 5.5, p. 49.

176. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 cd. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, vol. V, n. 83, p. 128.

177. Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório, cit., p. 335.

178. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. cil., p. 748.

1 79. MIRANDA, Pontes de. Tratado da ação rescisória, cil., p. 335.

1 80. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111ários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cil., p. 1 42.





seguintes. O instituto a que aludiam tanto o art. 306 quanto o art. 7 7 1 , 4°, era na verdade o do reconhecimento do pedido autor, contemplado nos arts. 292 e seguintes, sob a denominação imprópria de "confissão", corno causa de extinção da instância.181

Ainda nos termos do inciso V IU do art. 485 do CPC, a sentença de mérito transitada em julgado pode s r rescindida, quando houver fundamento para invalidar transação em que se baseou a sentença. Por sua vez, o art. 486 do CPC

estabelece que os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente bomologatória, podem ser rescindidos (leia-se: invalidados), como os atos jurídicos em geral, no& termos da lei civil.

Cumpre, desde logo, adve1 tir que a referência, no art. 486 do CPC, a "sentença meramente homologatória " c rresponde igualmente a "sentença homologatória ".

O termo poderia gerar a falsa impressão de que, a par da sentença "homologatória", existisse a "meramente homo ogatória". Não há dois tipos diversos de sentenças bomologatórias. Qualquer sentença bomologatória

encarta-se na previsão contida no a1i. 486 do CPC. Com efeito, "não soam convincentes as tentativas de diferenciar com nitidez, de um lado, sentenças meramente hornologatórias e, de outro, sentenças homologatórias que não o sejam 'meramente' . Para nós, a sentença é bomologalória quando se limita a imprimir a ato não oriundo do órgão judicial força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse - isto é, a equiparar um ao outrn, sem nada acrescentar a substância do primeiro. O advérbio 'meramente'

não visa a caracterizar uma su espécie de sentenças homologatórias, mas apenas a enfatizar que é dessa espécie que se trata, e não de sentenças que não se restrinjam a homologar; simples realce e lo adjetivo, nada mais". 1 82

A sentença que extingue ;) processo com resolução do mérito pela transação é urna sentença meramente b mologatória (CPC, art. 269, I II).

A jurisdição e o process têm na existência de um conflito de interesses resistido o móvel que os impulsiona. Enquanto houver a resistência, mantém-se a necessidade de se obter uma prestação jurisdicional. Quando duas pessoas despertam interesse sobre o mesmo bem, surge o conflito de interesses. A recalcitrância ou a resistência de ambas as partes impede que haja uma solução, a não ser por via judicial, justamente por ser vedado, via de regra, o exercício da autotutela.

A resistência poderá deixar ce existir em virtude de solução bilateral, verificada na hipótese de haver uma tr 111sação ou um acordo entre as partes. A cessação da resistência afasta a necessidade da prestação jurisdicional. Para que haja transação, é preciso, contudo, qt e se verifiquem concessões mútuas. Vale dizer que 1 8 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 1 4 1 .

182. MOR.E! RA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 cd. cil., p. 142.



descaracteriza a transação a abdicação, a renúncia unilateral ou a concessão feita por apenas uma das partes.

Nessa hipótese, haverá extinção do processo com resolução do mérito, aserconcretizada por meio de uma sentença homologatória (CPC, art. 269, III), porquanto o juiz nada decide; são as próprias partes que põem cobro ao litígio. O processo de execução pode extinguir-se, igualmente, pela transação (CPC, a11. 794, l T).

Enfim, sendo a sentença meramente homologatória, e havendo motivo para anular a transação, surge a polêmica: cabe a ação rescisória (CPC, art. 485, V IU) ou a ação anulatória (CPC, art. 486)?

Uma primeira solução propõe uma diferenciação entre a sentença que homologa a transação e a sentença que se baseia em uma transação. O inciso V l f l d o art. 485 do CPC dispõe caber a ação rescisória, quando houver fundamento para invalidar transação em que se baseou a sentença. Nesse caso, se o juiz realmente julgou a lide, acolhendo ou rejeitando o pedido, com fundamento numa transação celebrada pelas partes, caberia, então, a ação rescisória. Se a sentença do juiz restringiu-se, por outro lado, apenas a homologar a transação, caberia, desse modo, a ação anulatória do art. 486 do CPC. Nessa última hipótese, o juiz não decidiu nada; a eliminação do conflito resultou de transação celebrada entre as partes. O que se objetiva, portanto, é anular a transação, e não a sentença, que, no particular, é meramente homologatória. Dessa maneira, a distinção entre a ação rescisória e a anulatória, no tocante à rescisão ou anulação da transação, estaria em perquirir se o juiz, na sentença, julgou o caso com base em transação celebrada entre as partes, ou se ele cingiu-se a homologar a transação, tendo as partes, elas mesmas, ao celebrá-la, encerrado o litígio. Em suma, "se a sentença é meramente homologatória, a ação cabível é a anulatória, não a rescisória. Se, porém, a sentença adota o ato de vontade das partes como fundamento, aí o caso é de rescisão"183. Esse, aliás, já foi o entendimento de Thereza Alvim184•

Nesse sentido, a ação rescisória seria destinada a desconstituir sentença de mérito, que acolhesse ou rejeitasse o pedido, baseada em transação celebrada pelas partes. Se o processo fosse, todavia, extinto por transação, vindo o juiz apenas a homologá-la, aí sim caberia a ação anulatória. Na primeira hipótese, a sentença enquadra-se no inciso 1 do art. 269 do CPC, cabendo a ação rescisória. Na segunda hipótese, a sentença enca1ta-se no inciso T 1 1 do art. 269 do CPC, sendo caso de ação anulatória. Assim sendo, a ação anulatória caberia para desconstituir a transação.

1 83. VlTAGLIANO, José Arnaldo. Coisa julgada e ação 01111/atória. Curitiba: Juruá, 2004, n. 6.4.8, p. 157.

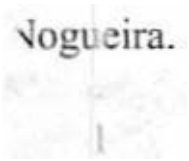
1 84. ALVIM, Thcreza. "Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória". Revi.1·1a de Processo.

São Paulo: RT, l 985, n. 39, p. 14.

O

l

S



Desponta, ainda, o entendimento que sustenta ser cabível a ação rescisória, quando o juiz, ao homologar a transação, fizer considerações acerca do mérito da demanda, sendo, por outr lado, cabível a ação anulatória, quando o juiz se restringe a homologar a transação, sem tecer qualquer consideração quanto ao litígio. Na primeira hipótese, a sentença seria homologatória, sendo meramente homologatória, na segunda hipótese. Daí por que, no primeiro caso, cabível a rescisória e, no segundo, a an latória185.

Nenhum desses, porém, é o posicionamento aqui defendido. O critério distintivo é a existência de coisa julgada material: se houver, rescisória; se não, anulatória. Cabe a ação rescisória c ntra a sentença homologatória de transação após o trânsito em julgado. Enquanto não transitada em julgado a sentença, a transação deve ser desconstituída pela lÇão anulatória. Aplicar-se-ia, mutatis mutandis, o disposto no art. 352 do CPC a transação186•

Ocorre, ainda, que, simp esmente anulada a transação, o litígio ficaria sem solução. Restaria desfeita a transação e, de resto, a sentença que a homologou, retornando as partes ao statu quo ante: o processo originário ficaria sem sentença, não estando encerrado; ficaria "em aberto". Bem por isso, Thereza Alvim reviu seu posicionamento, passando a entender que cabe a ação rescisória, pois é preciso que, depois de rescindida a ﷺentença (ou a transação), seja julgada a lide, para compor o litígio ou resolver o conflito havido entre as partes. Assim esclarece Thereza Alvim a mudança d(seu entendimento:

"Como já foi explicitado, a sentença proferida havendo reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia do direito sobre o qual se fundamenta a ação, não julga propriamente o mérito. Esr.1, contudo, elencada corno decisão de mérito (art. 269, CPC), podendo, se for o caﷺo. ser objeto de ação rescisória."

Realmente, nunca podei ia uma sentença que põe fim ao processo, ante o reconhecimento jurídico do ·Jedido, por exemplo, ser objeto de ação anulatória, desde que nessa se dê, exclu ivamente, a anulação do conteúdo da decisão, não sendo profe1ida nova decisão. As sentenças ou acórdãos, elencados como sendo

de mérito pelo a1t. 269 do CPC podem ser eliminados do universo jurídico através da ação rescisória pela razão de esta apresentar pretensões cumuladas: a rescindente e a rescisória. A primeira corresponde a rescisão do julgamento anterior e à segunda, um novo.

O mesmo acontece com a sentença ou acórdão homologatório da transação.

Se, por qualquer vício no ato jurídico puder ser ela eliminada, só pode sê-lo por r 85. MAGRl. Berenice Soubhic

Ação anulatório: art. 486 do CPC. São Paulo: RT, r 999, p. r 84.

1 86. RIZZI, Sérgio. Ação rescisória, cit., p. 90; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 144- 45.

meio da ação rescisória, ante a necessidade de novo julgamento, que substitua o rescindido e a competência do mesmo órgão para proferi-lo.

As sentenças homologatórias, referidas no art. 486 do CPC, não são aquelas que se enconb·am no art. 269 do mesmo diploma legal, mas as que não serão alcançadas pela coisa julgada material; são as que se sujeitam, apenas, à preclusã.o máxima (coisa julgada formal). O art. 486 do CPC refere-se a atos judicial que independem de sentença ou em que esta for meramente

homologatória.

Quanto aos atos judiciais que independem de sentença, têm-se como exempl.o a arrematação e a adjudicação. Sua invalidade deve ser postulada por ação anulatória, e não por ação rescisória, eis que tanto a arrematação como a adjudicação não dependem de sentença; o que se invalida, portanto, é o negócio jurídico, por meio do qual houve a transferência do domínio do bem que fora penhorado.

A doutrina tradicional entende que as sentenças homologatórias a que alude o art. 486 do CPC são aquelas proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária. Não é esse, contudo, o entendimento aqui defendido. A sentença nos procedimentos de jurisdição voluntária, tal como demonstrado no vol. 1 deste Curso, produz coisa julgada material, até em razão do que dispõe o art. 1 . 1 1 1

do CPC, encartando-se, portanto, no elenco do art. 269 do CPC. Das sentenças homologatórias em procedimentos de jurisdição voluntária cabe ação rescisória, e não anulatória, caso haja algum vício de vontade que lhe enseje a inva-1 idade.

Enfim, se a sentença homologatória encarta-se em uma das hipóteses do art.

269 do CPC, haverá coisa julgada material, sendo cabível, portanto, a ação rescisória. Caso, entretanto, a sentença não se enquadre em uma das hipóteses do art. 269 do CPC, não haverá coisa julgada material, sendo cabível, então, a ação anulatória a que alude o art. 486 do CPC.187

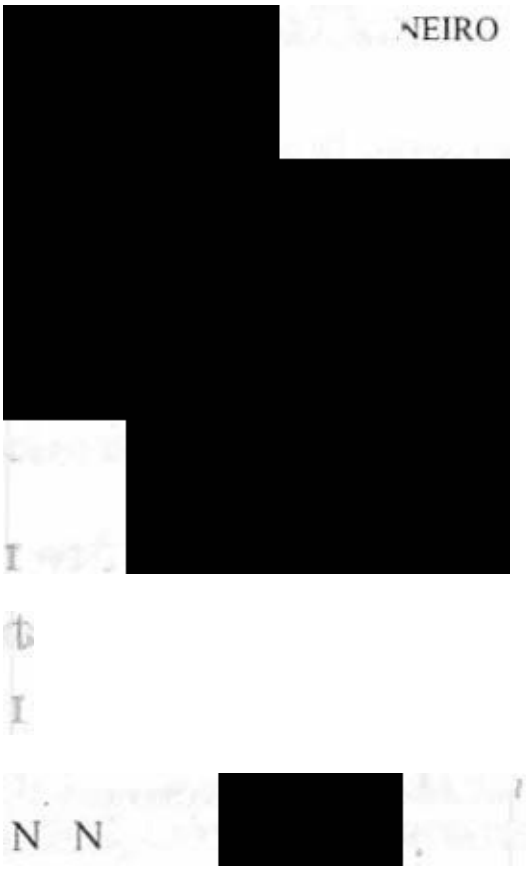
7.1 2. Erro de fato

Cabe ação rescisória se a decisão rescindenda estiver baseada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos ela causa (CPC, art. 485, IX). Para que se configure o erro de/ato, é preciso existir a conjugação de vários pressupostos, de acordo com a sistematização de Barbosa Moreira188:

187. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da se111e11ça. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, p.

346-347.

188. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 148-149.



FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CAR

DA CUNHA

a) Que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário "que a sentença esteja baseada em erro de fato"189; ou seja, "o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença"190; "é necessária a existência de nexo de causalidade entre o e!To de fato e a conclusão do juiz prolator do decisum rescindendo"191; b) Que o etTo seja apurável nediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;192

c) Que "não tenha havido controvérsia " sobre o fato (CPC, art. 485, § 2°); d) Que sobre o erro de fato não tenha havido "pronunciamento judicia/ " (CPC, art. 485, § 2º). Em outras pala\ ras, o juiz, no erro de fato, supõe ou imagina que um fato existiu, quando, na verdade, nunca ocorreu ou vice-versa. O juiz, no erro de fato, não se pronuncia sobre o fato; supõe ou imagina tenba o existido o fato

inexistente ou vice-versa193•

A inexistência de controvnsia ("c") pode ser concebida em três hipóteses, segundo a sistematização de Barbosa Moreira194: se o fato não foi alegado por nenhuma das partes; se uma admitiu expressamente a alegação da outra; ou se uma parte simplesmente se abs eve de contestar a alegação da outra. "Na primeira hipótese (fato não alegado), o notivo de rescindibilidade só pode configurar-se, é claro, se se tratava de fato que o órgão judicial era lícito levar em conta ex officio"195; logo, fato subtraído ao princípio dispositivo, e que, nada obstante não aportado ao processo, pudesse ser conhecido de o fício pelo j u iz. A segunda hipótese (fato admitido) - continua Barbosa Moreira 196- compreende duas possibilidades: ou as partes concordaram quanto à existência do fato, e o juiz, em sentença, ainda assim o supôs inexistente, ou, ao revés, as partes concordaram com a inexistência do fato e o juiz o supôs existente. Adverte Barbosa Moreira: 189. MAIUNONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de co11'1eci111emo. 3 ed.

São Paulo: RT, 2004, p. 704.

190. THEODORO JR. Humberto. Curso }e direito processual civil. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 646.

1 9 1 . SOUZA. Bernardo Pimentel. /111rod 1ção aos recursos cÍl'eis e à ação rescisória. 3 ed. cil., p. 753.

192. MARI O 1, Luiz Guilherme: e AI<unk> ENI IART. Sérgio Cruz. Manual do processo de co11/ieci111e1110. 3 ed.

cit., p. 70-1: TH EODORO JR, l-lumb1:no. Curso de direito pmces.rnal cil'i/. 25 cd. v. 1. cit., p. 646: SOUZA.

Bernardo Pimentel. introdução aos ·ecursos ríveis e à aç<io rescisória. 3 ed. cit., p. 752.

193. RlZZI, Sérgio. Açâo rescisória. Sãc Paulo: RT, 1 979, n. 67, p. 1 1 5.

194. Comentários ao código de processo civil. 12 cd. cit .. p. 1 49.

195. Co111e111ários ao código de processe civil, 12 cd. cit., p. 149.

196. Co111e111ários ao código de processe, civil. 12 cd. cit.. 2003, p. 150.

AÇÃO RESCISÓRIA

"Escapa ao âmbito de incidência do inciso I X o caso de confissão falsa, que pode fundamentar a rescisão ex vi do inciso Vl"197. Terceira e última hipótese é quando o fato não é contestado - isto é, não é impugnado -, mas, mesmo assim, por análise dos autos, é verificável sua inexistência. O juiz, no entanto, o supõe

ocorrido e na verdade não o era.

Na verdade, a configuração do erro de fato denota a existência de uma sentença injusta, que deve, então, ser rescindida. Realmente, para que a sentença seja justa, faz-se necessário que aprecie ou suponha corretamente os fatos, "pois, caso contrário emprestará consequências jurídicas que não ocorreram, pois deu como existentes/atos que não se verificaram, ou, em outras palavras, aplicará uma lei que não incidiu, tendo havido erro de fato".198

Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz.

Em suma, "dá-se o erro de fato quando a decisão for fundada na suposição de um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie dos autos ou de documentos da causa (art. 485, JX, § § l º e 2º, do Código)".199

O erro deve ser de fato, não permitindo a ação rescisória o erro de direito.

A suposta injustiça da decisão, bem por isso, não dá azo ao ajuizamento nem ao acolhimento da ação rescisória.

Eis alguns exemplos de erro de fato, divulgados por Sérgio Rizzi:

" . . . em ação de cobrança, em que o autor reclama crédito originário de contrato assinado e não cumprido pelo réu; na contestação, o réu limita-se a dizer que cumprira o contrato, mas, silencia quanto ao fato de que, à época da celebração do negócio, era absolutamente incapaz (art. 5°, 1, Código Civil); provada a menoridade, o juiz julga procedente a ação, sob o fundamento de que o contrato não fora cumprido.

(. . .)

Tomemos o exemplo mi11istrado por João Carlos de Pestana Aguiar: 'a loja de um edificio que, por integrar, como unidade autônoma, o cmtjunto arquitetônico do edificio 197. Comentários ao código de processo civil. 1 2 cd. cil., p. 150.

198. ARRUDA ALVIM, José Manoel. "Sentença no processo civil. As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 976, n. 2, § 15, p. 7 1 .

199. RlZZl, Sérgio. Ação rescisória. cit., p. 1 18.



composto de unidades residenciais e comerciais, deve responder por certa participação no rateio das despesas comuns. A integração da loja ao conjunto arquitetônico é fato que não pode ser objeto de controvérsia, daí resultando no dever de participação. Só caberá a seu dono pleitear em ação própria uma justa proporcionalidade na contribuição das despesas ante a utilização direta ou indireta das partes comuns.

(. . .)

. . . : o autor reclamou do réu o pagamento das quatro prinJeiras parcelas - de um total de cinco -previstas em contrato de mútuo de pequeno valor. Em contestação, o réu alegou haver pago a quinta e ú tima parcela, em razão do que, se estabeleceu presun

ção de estarem solvidas as ante riores (art. 943 do Código Civil). Durante a instrução, o autor confessou haver receb do e quitado, sem ressalva, a quinta e última parcela, mas, deixou de realizar provas ('até prova em contrário') de não estarem solvidas as anteriores. Assim, não afastou a presunção decorrente do art. 943 do Código Civil.

O juiz julgou procedente a ação, sob o fundamento de que o réu não provara o pagamento das quatro parcelPs cobradas, sem se manifestar, contudo, sobre o fato confessado do pagamento da última parcela do contrato.

Não resta dúvida, pelo teor dr conclusão, de que, no exemplo em causa, o juiz não supôs como existente um fatC' que efetivamente ocorreu (quitação sem ressalva da última parcela), e, como consequência direta da inexistência da suposição adequada, acabou por concluir que o ônus da prova era de permanecer atribuído ao réu, não sujeitando, como convinha, a hipótese ao art. 943 do Código Civil".200

Cumpre, finalmente, volta ·-se para o exemplo cunhado por José Carlos Barbosa Moreira:

"imaginemos o caso de açãl) redibitória em que o autor inclua no pedido certa importância a título de perda e danos, alegando que o réu conhecia o vício oculto da coisa alienada (Código C ivil, art. 443, I" parte); na contestação, silenciando sobre este último ponto, !irrita-se o réu a negar que o defeito apontado tome a coisa imprópria ao uso a qul' se destina, ou lhe diminua o valor. Provado o vício redibitório, o juiz acolhe in totwn o pedido. Entretanto, as peças dos autos permitem a verificação de que, nas circunstâncias do episódio, era inteiramente impossível que o réu conJ1ecesse o vícic . O fato do conhecimento, não contestado, e suposto existente, na verdade não o e ·a. A sentença é rescindível na parte em que condenou o réu ao pagamento de perdas e danos".2º1

8. PROCEDIMENTO

8. 1 . Consideração introdutória

A ação rescisória é prop sta mediante petição inicial, contendo os requisitos do art. 282 do CPC, além daqueles contidos no art. 488 do mesmo diploma processual. Deve haver, se r o caso, a cumulação do juízo rescindente com o 200. Ação rescisória, cit., p. 123-124.

20 1 . Comentários ao Código de ?roces. o Civil. 12 cd. cit., p. 150.

rescisório, corno se demonstrará em item abaixo. Ademais, deve haver o depósito do equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, tal como será igualmente explicitado.

A petição inicial da ação rescisória será indeferida nos casos previstos no a1t. 295 do CPC ou quando não efetuado o depósito exigido pelo art. 488, II, do mesmo diploma. Antes do indeferimento, deve o relator determinar a intimação do autor para que corrija o defeito.

A petição inicial da ação rescisória, seguindo a regra geral, deve ser subscrita por advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB. Desse modo, além dos documentos indispensáveis à propositura da ação, a petiçã.o inicial deve vi1·

acompanhada da procuração que habilita o advogado a procurar em juízo em nome do autor da rescisória. Uma procuração contendo poderes gerais para o foro seria suficiente ou, até mesmo, a cópia de uma procuração já outorgada pela parte ao advogado também seria suficiente. O STF exige, contudo, que a procuração seja originálJ·ia, não admitindo cópia da procuração utilizada no processo onde proferida a sentença rescindenda. De igual modo, o STF exige que haja, na procuração, poderes específicos para o ajuizamento da ação rescisória, o que desborda da previsão contida no a1t. 38 do CPC.2º2

Estando em ordem a petição inicial, o relator irá detem1inar a citação do réu para responder aos termos da demanda.

8.2. Petição inicial e depósito obrigatório

A ação rescisória, como qualquer outra demanda, é intentada por meio de uma petição inicial, que deve estar acompanhada dos documentos indispensáveis à sua propositura (CPC, art. 283).

Dentre tais documentos, destacam-se a cópia da decisão rescindenda e a certidão de seu trânsito em julgado. A ausência de alguma dessas cópias acarreta a inadmissibilidade da demanda, sendo imprescindível, contudo, que o relator, 202. Entre outros, confira-se o teor da ementa do seguinte precedente: "EMENTA AGRAVO REGIMENTAL.

AÇÃO RESCISÓRIA. JUNTADA DE CÓPIA AUTENTICADA DE PROCURAÇÃO DA AÇÃO ORJ

GINÁRIA. INADMISSIBILIDADE. AÇÕES AUTÔNOMAS. NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO

COM PODERES ESPECÍFICOS. 1 . A ação rescisória, por se tratar de demanda de caráter excepcional (uma vez que tem por escopo a desconstituiçiio de decisão já acobertada pelo manto da coisa julgada), há de ser postulada por representante processual devidamente amparado por mandato judicial que lhe confira poderes específicos para tanto. 2. Em se tratando de ação autônoma, o mandato originário não se estende à proposição de ação rescisória. Os efeitos das

procurações outorgadas se exaurcm com o encerramento definitivo daquele processo. 3. Exigência que não constitui formalismo extremo, mas cautela que, além de condizente com a natureza especial e autônoma da ação rescisória, visa resguardar os interesses dos próprios autores. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento." {STF-Pleno, AR 2.196 AgR, rei. Min.

Dias Toffoli,j. 23.6.2010, DJe-164 divulg 2.9.20 1 0 public 3.9.2010).

465



antes de indeferir a petição inicial ou de extinguir o processo sem resolução do mérito, determine a intimação da parte autora para que a emende, fazendo juntar aos autos a cópia ausente (CPC, art. 284). É relevante acentuar, ainda, que, nos termos do a1t. 365, IV, do CPC, fazem a mesma prova que os originais as cópias reprográficas de peças processuais declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade, se não lhes for impugnada a autenticidade.

O enunciado nº 299 da Súmu a do TST, em seu inciso l, confinna a exigência, estabelecendo que "é indispensável ao processamento da ação rescisória a prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda". E, nos tem1os de seu inciso II, "verificando o relator que a parte interessada não junto à inicial o documento comprobatório, abrirá prazo de 1 0 (dez) dia;; para que o faça, sob pena de indeferimento". Como se percebe, tal documento é indispensável à propositura da ação rescisória, sendo aplicável o disposto no art. 284 do CPC, a permitir a emenda da petição inicial na hipótese de não ter sido Juntada a certidão do trânsito cm julgado. O inciso Ili daquele enunciado sumular lfirma que "a comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda é pressuposto processual indispensável ao tempo do ajuizamento da ação rescisória. Eventual trânsito em julgado posterior ao ajuizamento da ação rescisória não reabilita a ação proposta, na medida em que o ordenamento jurídica não contempla a ação rescisória preventiva". O entendimento, manifestado nesse inciso m, não se revela adequado à economia processual, nem ao disposto no art.

462 do CPC, aplicável, segun do pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, às hipóteses em que os fatos rnpervenientes corrigem vícios ou equívocos existentes no momento da propositura da demanda. Tal entendimento, compendiado no inciso Ili, é contraditório com a 01 ientação revelada no inciso IV ("O pretenso vício de intimação, posterior à decisão que se pretende rescindir, se efe1ivamente ocorrido, não permite a formação da coisa julgada material. Assim, a ação rescisória deve ser julgada extinta, semjuJgamettto do mérito, por carência de ação, por inexistir decisão transitada em julgado a ser 1 escindida"). O inciso IV considera a possibilidade de haver carência supervenienh.: de ação, o que se justifica pela aplicação do art. 462

do CPC, mas o inciso l l l não admite a correção de vícios na propositura por fatos supervenientes, o que se revela contraditório.

Segundo a Orientação Jur sprndencial n. 84 da SBDI-2, do TST, se a decisão rescindenda ou a certidão de seu trânsito em julgado não estiver autenticada, deve

-se extinguir, de pronto, a ação rescisória, por faltar peça essencial à constituição válida e regular do processo20:. Note que essa orientação jurisprudencial também 203. "AÇÃO R.ESCISÓR.IA. PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DA DECISÃO R.ESCINDENDA E/OU DA CERTIDÃO DE SEU TRÂNSITO EM JULGADO DEVLDAMENTE AUTE TICADAS. PEÇAS ES

SENCIAIS PAR.A A CONST!TUlÇ ÃO VÁLlDA E R.EGULAR DO FEITO. ARGUIÇÃO DE OFÍCIO.

EXTI ÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉR.ITO. A decisão rescindenda e/ou a certidão do seu trànsito cm julgado, devidamente aL tenticadas, à exceção de cópi;1s reprográficas apresentadas por pessoa jurídica de direito público, a teor d' art. 24 da Lei n.º 1 0.522/02, são peças essenciais para o julgamento da ação rescisória. Em fase recursai verificada a ausência de qualquer delas. cumpre o relator do recurso ordinário arguir, de oficio, a ex1inçã:i do processo, sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto de constimição e desenvolvimento vál do do processo:·



AÇÃO RESCISÓRIA

se aplica ao recurso na ação rescisória (no processo do trabalho, o TST pode julgar ação rescisória em grau de recurso ordinário).

Tal entendimento não se coaduna com a sistemática processual moderna. É

lamentável que ainda haja entendimento nesse sentido.

Diferentemente do que sucedia em épocas mais recuadas da história, quando a

forma era considerada constitutiva do ato jurídico, no direito moderno a forma é tida como requisito extrínseco à substantividade própria do ato204, sendo considerada, apenas, como o modo de expressão da vontade205• Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nos tempos atuais, não há formalismo por formalismo, somente sendo lícito pensar em forma, na medida em que ela se prestar a controlar o arbítrio para alcançar as finalidades do processo em tempo razoável, colaborando para a justiça da decisão206•

Nas palavras de Sálvio de F igueiredo Teixeira, lançadas em precedente do Superior Tribunal de Justiça, "o processo contemporâneo, calcado na instrumental idade e na efetividade, instrumento de realização do j usto, não deve abrigar pretensões de manifesto formalismo"2º7• Ou, como anotado em outro precedente,

"nos tempos atuais, não mais se justifica o apego à fonna, em detrimento da efetividade processual, especialmente quando ausente prejuízo. Com efeito, sempre que possível, observadas as garantias do devido processo legal, deve-se buscar a efetividade processual, evitando-se que o processo seja um fim em si mesmo"?208•

A autenticação serve para demonstrar que a cópia corresponde com o original, atestando sua autenticidade. Ora, se a cópia é extraída dos autos originários e declarada autêntica pelo próprio advogado, não havendo impugnação da parte contrária e sendo evidente que corresponde com o original, não há razão para não admitir a ação rescisória. Não aceitar a rescisória, por falta de uma autenticação, equivale a exigir a forma pela forma, sem se preocupar com a finalidade a ser atingida, que identifica o chamado formalismo valorativo: a forma existe para atender a um valor ou para atingir uma finalidade; atendido o valor ou alcançada a finalidade, deve ser aceita a forma utilizada. Ainda que fosse, realmente, necessária a autenticação, dever-se-ia entender que caberia ao

204. ZANNONI, Eduardo A. l11ejicacia y 1111/idad de los nc1osj11rídicos. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 146.

205. ALSINA, Hugo. las 1111/idades en el proceso civil: conceplo y fimción de /asjormns procesales. Lima: ARA Editores, 2006, § 1°, p. 1 1 .

206. Do.formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1 997, n. 5, p. 6 1 -62.

207. Acórdão unânime da 4' Tumia do STJ, REsp 1 78.342/RS, rei. Min. Sálvio

de Figueiredo Teixeira, j.

20/811998, DJ de 311 1/1 998, p. l68.

208. Acórdão unânime da 4° Turma do STJ, REsp 2 1 6. 7 1 9/CE, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.

1 6/9/2003, DJ de J 9/ 1 2/2003, p. 468.



relator determinar a intimação do autor para que emendasse a petição inicial, providenciando a autenticação da cópia.

Mas não é só. Conforme apontado, o precedente se aplica também na fase recursai, ignorando, completa mente, a regra do § 4° do art. 5 1 5 do CPC, já examinada, aqui aplicável por analogia, segundo a qual o tribunal, constatando a existência de defeitos proce>suais, deve detem1inar a correção dos vícios no próprio procedimento recursai e não extingui-lo sem exame do mérito.

De todo modo, é certo qu(· a ação rescisória deve ser intentada por meio de uma petição inicial.

Além de atender aos requi itos do art. 282 do CPC, a petição inicial da ação rescisória deve, igualmente, observar as exigências contidas no art. 488 daquele mesmo diploma processual, ou seja, deve o autor: l) cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa e I I) depositar a importância de 5%

(cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimjdade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

A falta do depósito exigid pelo inciso n do art. 488 do CPC rende ensejo, inclusive, ao indeferimento da petição inicial (CPC, att. 490, 11)2º9. Deve, todavia, haver, antes do indeferimento opo1tunidade para que o autor da ação

rescisória efetue ou complemente o deposito, aplicando-se o a1t. 284 do CPC21º.

Não se deve, contudo, exigir tal depósito da União, dos Estados e dos Municípios, consoante dispõe o parágrafo único do próprio art. 488 do CPC. Realmente, o parágrafo único do art. 488 cio CPC estabelece que "não se aplica o disposto no nº II à Uillão, ao Estado, ao iv tmicípio e ao Ministério Público". Esse beneficio é estendido à Caixa Econômica Federal, que representa em juízo os interesses do FGTS, na forma do parágrafo único do a1t. 24-A da Lei Federal 9.028/1 995, acrescentado pela Medida Pr visória 2. 1 80-35/200 1 : "Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias. Parágrafo unico. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os 209. (STJ, I' S., AgRg naAR n. 28 1/SP, rd. Min. Hélio Mosimann,j. 03.09. 1991, publicado noDJde 23.09. 199 1 , p . 1 3.056).

2 1 0. "RECURSO ESPECIAL. PROCES'>UALCIVIL.AÇÃO RESCISÓRIA. EXTINÇÃO. INDEFERIMEN

TO DA PETIÇÃO INICIAL. VlOl AÇÃO DO ART. 284 DO CPC. OPORTUNIDADE DE EMENDA.

OBRJGATORlEDADE. Pacífico é < entendimento sobre obrigatoriedade de o juiz conceder ao autor prazo para que emende a inicial e, somente se não suprida a falha. é que poderá o juiz decretar a extinção do processo. Ademais, ofende o art. 2 !4 do CPC o acórdão que declara extinto o processo. por deficiência da petição inicial, sem intimar o aJtor, dando-lhe oportunidade para suprir a falha. Recurso provido".

(STJ. 5" T .. REsp n. 6 1 7.629fMG, 1el. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 22/0312005. publicado no DJ de 1 8.04.2005, p. 372).

processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS -, seja no polo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele".

Embora o dispositivo aluda, apenas, a entes públicos, que compreendem o conceito de Fazenda Pública, é curial que a isenção deve alcançar também os beneficiários da justiça gratuita211• Realmente, "este depósito é um requisito de

procedibilidade da ação rescisória. E, sem este recolhimento, salvo os que estão isentos, como as Fazendas, Ministério Público e os que gozam do beneficio da justiça gratuita, todos os outros terão a petição inicial indeferida".212

É certo que a redação original do art. 3° da Lei n. 1 .060/1 950 não contemplava tal depósito dentre as hipóteses de isenção conferidas ao beneficiário da justiça gratuita. Não obstante a falta de previsão no referido dispositivo, a doutrina já considerava que "o depósito é inexigível de quem faça jus ao benefício da j ustiça gratuita. Entender diversamente seria tolher aos necessitados o exercício da ação rescisória, com manifesta violação do art. 5°, XXXV, da Constituição da Repúbl.ica. A garantia neste consagrada reduzir-se-ia a merofiatus voeis se se reputasse autorizado o legislador ordinário a estabelecer restrições que importem praticamente negá-la a uma classe de pessoas - e por motivos odiosos, a carência de recursos financeiros. Urge sepultar as concepções purnmente formalísticas das nonnas constitucionais que tutelam direitos; a única interpretação correta é a que lhes assegure, tanto quanto possível, a efetividade in concreto. Nessa perspectiva, não há modo de salvar da pecha de inconstitucionalidade odispositivo ora sob exame, senão l imitando-lhe a incidência, nos termos acima sugeridos".213

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, aliado à garantia de justiça gratuita aos necessitados, dispensa o depósito para ajuizamento da ação rescisória aos beneficiários da justiça gratuita.

Na verdade, o art. 9º da Lei nº 1 .060/1 950 autoriza a isenção do beneficiário da justiça gratuita à efetivação do depósito exigido pelo inciso I I do art. 488

do CPC, ao dispor que "os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias".

2 1 1 . SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 22. 1 1, p. 780.

2 1 2. RlZZI, Luiz Sérgio de Souza. "Da ação rescisória". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1982, n. 26, p.

1 92. Assim, também, MARCACINL, Augusto Rosa Tavares, Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 2001 , p. 39-40; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo". Temas de Direito

Processual

Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1 994, p. 52.

2 1 3 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 1 64-165.

469





STJ

11.495/2007

FREDIE DIDIER R. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNl·IA

Aliás, "a jurisprudência do

é firme quanto à inaplicabilidade do inciso

II ao beneficiário da j ustiça gr.ituita nos termos do art. 9º da Lei nº 1 .060/50.

Até como forma de evitar óbice ao acesso ao Judiciário garantido pelo a1i. 5°, XXXV, da CF"214•

A Lei Complementar n. l 32 '2009 acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n.

1 .060/1 950, isentando os beneficiários da justiça gratuita "dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório". Parece claro, assim, que o legislador confirmou o entendimento, aqui defendido, pela

inexigibilidade do depósito obrigatório na ação rescisória proposta pelo beneficiário da justiça gratuita.

A Lei Federal n.

alterou a redação do ati. 836 da CLT, para impor a

obrigatoriedade de depósito prévio para o ajuizamento da ação rescisória: "É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalh conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título LX da Lei nº 5 .869, de 1 1 de janeiro de 1 973. Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor"215•

Perceba que o depósito deve ser no montante de 20% do valor da causa, e não de 5% como está determinado no CPC. Além disso, o novo dispositivo apenas 2 1 4. BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil !111e1pre1ado. Antonio Carlos Marcalo (coord.).

São Paulo: Atlas, 2004, p. 1 .494.

2 1 5. O Plenário do TST, regulamentando o depósito prévio de 20% de que trata o art. 836 da CLT, editou a Instrução orma1iva n. 3 1 /2007, cujo leor está assim redigido: "Art. 1° O depósito prévio em ação rescisória de que trata o art. 836 da (L T, com redação dada pela Lei nº 1 1 .495, de 22 de junho de 2007.

deverá ser realizado na forma preco•1izada na Instrução ormativa nº 21 desta Corte, observando-se as seguintes peculiaridades quanto ao prcench11ncnto da guia de acolhimento de depósito judicial: 1º1 - nos campos relativos à iden1ifi;:açào do processo deverão ser informados os dados do processo cm que foi proferida a decisão resci11denda; 2°11 - o campo "Tipo de Depósito" dever{! ser preenchido com o número 1 (primeiro depósito), ainda que outros depósitos judiciais tenham sido efetuados no processo originário; 3º 1 1 1 - o campo "Molivo do Depósito" deverá ser preenchido com o número 4

(Outros). Art. 2° O valor da causa da ação rescisória que visa dcsconstituir decisão da fase de conhecimento corresponderá: 1°1 - no cas•> de improcedência. ao valor dado à causa do processo originário ou aquele que for fixado pelo Juiz: [illegible]·11 - no caso de procedência, tmal ou parcial. ao respectivo

valor arbitrado à condenação. Art. 3º O ' tlor da causa da ação rescisória que visa desconstituir decisão da fase de execução corresponderá ao • alor apurado cm liquidação de sentença. Art. 4° O valor da causa da ação rescisória, quer objetive de>constituir decisão da fase de conhecimento ou decisão da fase de execução, será reajustado pela vari 1ção cumulada do 1 PC do IBGE até a data do seu ajuizamento.

Art. 5º O valor depositado será rewrtido em favor do réu, a título de multa, caso o pedido deduzido na ação rescisória seja julgado improcedeutc. Art. 6° O depósito prévio não será exigido da massa falida e quando o autor perceber sa ário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declarar, sob as penas da lei, que não está em co idições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Art. 7º Esta Instrução ormativa entra em vigor na data de sua publicação:·

dispensa de efetivar o depósito aqueles que se encontram em "miserabilidade jurídica" (o que inclui não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas que não conseguirem arcar com as despesas processuais sem o prejuízo de sua continuidade)216• Parece, porém, que também as pessoas jurídicas de direito público e o M inistério Público permanecem dispensados do ônus do depósito prévio, aplicando-se, por analogia, o art. 488, par. ún., CPC e o art. 24-A da Lei Federal n. 9.028/ 1 995, já citados.

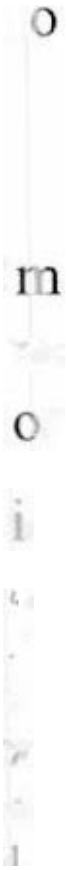
Assim como ocorre no processo civil, o depósito reverterá ao réu em caso de improcedência ou inadmissibilidade da ação rescisória por unanimidade de votos, a despeito do silêncio da CLT.

Um questionamento que certamente suJgirá é o seguinte: 20% de depósito prévio não é uma exigência que dificulta sobremaneira o acesso à justiça e, po11anto, é inconstitucional? Não há inconstitucionalidade a priori: a exigência, em tese, não o fende a garantia do acesso à justiça. Imagine-se uma causa cujo valor é mil reais: duzentos reais não parecem ser um obstáculo intransponível ao acesso à justiça. Porém, em situações concretas, a exigência pode mostrar

-se desproporcional e, assim, deve ser afastada. O TJ/BA já teve oportunidade de examinar um caso de uma ação rescisória cujo valor da causa era de R$

250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais). O depósito prévio, a ser feito de acordo com o percentual determinado pelo CPC, deveria ser de R$ 1 2.500.000,00 (doze milhões e meio de reais). A parte autora alegou, com razão, que isso o fenderia o acesso à justiça. Obteve êxito neste requerimento, com a redução do valor do depósito prévio (TJ/BA, AR n. 44. 2 1 6-6/00). Essa parece ser a postura correta na aplicação da exigência do depósito prévio na ação rescisória (cinco ou vinte por cento, pouco importa): se, no caso concreto, a exigência mostrar-se descabida, deve ser diminuída ou eliminada. Vale a pena conferir o acórdão do STF na ADfN 223-6, em que ficou clara a possibilidade de urna restrição ser, em tese, constitucional e, no caso concreto, de acordo com as suas pecul i aridades, revelar-se corno despropositada (no caso, o STF decidiu que o legislador poderia limitar a concessão de tutela de urgência contra o Poder Público, mas que se, no caso concreto, essa limitação aniquilar o direito fundamental de acesso à justiça, ela deve ser afastada no controle difuso de constitucionalidade - sobre o tema, remete-se o leitor aos comentários feitos no capítulo sobre antecipação dos efeitos da tutela, no v. 2 deste Curso, em item dedicado exclusivamente à análise deste importante j ulgamento).

2 1 6. Sobre os beneficiário da justiça gratuita, mais longa111e1Jte, DIDIER Jr., Fredic, OLIVEIRA, Rafael. Be-11eficio da justiça gratuita. 3 ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2005.



F inalmente, cumpre anotai que o enunciado n. 1 94 da súmula do TST não tem mais aplicação diante da nova redação do art. 836 da C LT: "As ações rescisórias ajuizadas na Justiça do Trabalho serão admitidas, instruídas e julgadas conforme os arts. 485 'usque' 495 do C ódigo de Processo Civil de 1 973, sendo, porém, desnecessário o depósito prévi a que aludem os respectivos arts. 488, II, e 494".

8.3. Valor da causa

Sendo a rescisória uma de anda, deve, como visto, ser proposta por meio de petição inicial, que contenha os requisitos previstos no art. 282 do CPC. Dentre tais requisitos, insere-se o vai r da causa.

Doutrina e jurisprudência assentaram o entendimento, segundo o qual o valor da causa, nas ações rescisórias, equivale ao da ação originária217. Vale dizer que o valor atribuído à causa para a ação rescisória corresponde ao valor da causa da ação originária, corrigido mon tariamente218. Em razão desse entendimento, seria inadmissível a pretensão de que, na ação rescisória, o valor da causa fosse

igual ao encontrado para fins de liquidação de sentença219•

Na verdade, o valor da causa constitui, em essência, o beneficio perseguido pelo autor ou que poderá ser auferido por ele. Rescindida a sentença de mérito transitada em j ulgado, o benefcio a ser auferido corresponde, em princípio, ao valor da causa da ação originár a. Por isso, entende-se que: "o valor da causa nas rescisórias, via de regra, é o que foi atribuído à ação originária, monetariamente corrigido, devendo, contudo, ficar devidamente demonstrado, com exatidão, na impugnação, aquele que se rep..1ta correto"220•

Poderá, contudo, a parte demandada, em impugnação ao valor da causa, demonstrar que o proveito econômico a ser auferido pelo autor supera tal montante.

Nesse caso, o valor da causa da ação rescisória será superior ao valor da causa da ação originária. Daí entender o STJ que: "o valor da causa, em ação rescisória, 2 1 7. BUENO, Cassio Scarpinella. Código ·/e Processo Civil imerpretado, cit., p. 1 .493.

2 1 8. STJ, 3• T., REsp n. 8482/SP, rei. Min Waldemar Zveiter, j. 29.04.1991, publicado no DJ de 27.05. 1991.

Nesse mesmo sentido: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRJA. VALOR DA CAUSA. VALOR DA AÇÃO PRINCIPALCORRJGIDO MONETARJAME TE. ! -Segundo a jurisprudência desta Corte, o valor atribuído à causa para a ação rescisória deve ser o valor da causa da ação principal, corrigido monetariamente.

Precedentes: AGAnº275.1 32/GO, Re . Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEíRO, DJ de 14/08/2000; REsp nº 1 89.366/SP, Rei. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 20/1 1 12000 e AR nº 568/SP, Rei.

Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 1711211999. li - Agravo regimental improvido." (STJ, l ' T., AgRg no REsp n. 72 1 .772/BA, rei. Min. Francisco Fa cão,j. 07.06.2005, publicado no DJ de 05.09.2005, p. 283).

2 1 9. STJ, 1• S., AR n. 568/SR, rei. Min. Jo;é Dclgado,j. 10.1 1 . 1 999, publicado no DJ de 1 7 . 1 2 . 1 999, p. 3 1 2.

220. STJ, 3' S., Pet n. 2.723/SE, rei. Min. P 1ulo Gallotti.j. 27.04.2005,

publicado no DJ de O 1 .08.2005, p. 3 1 6.

472

AÇÃO RESCISÓRIA

deve, em princípio, guardar equivalência com o valor do beneficio patrimonial a que visa, o qual não é, necessariamente, o mesmo da ação em que foi proferida a decisão rescindenda"221.

Se a ação rescisória for proposta, quando já promovida a liquidação do julgado, em que se demonstra que o benefício a ser auferido pelo interessado é bem superior ao valor da causa da ação originária, deve, então, o valor da causa da ação rescisória ser equivalente ao montante liquidado, e não ao valor da causa da ação originária222• Por isso mesmo, "se a ação rescisória tem por objeto acórdão proferido no processo de liquidação, a fixação do valor da causa pode ser diferente daquele atribuído à outra voltada contra julgado extraído de processo de conbecimento"223.

Convém apontar, ainda, a hipótese de a ação rescisória envolver apenas um ou alguns capítulos da decisão rescindenda. Nesse caso, o valor da ação rescisória corresponderá ao proveito econômico que se possa obter com a rescisão de apenas esse capítulo. Eis o exemplo de Barbosa Moreira: "Se se quer rescindir apenas a parte da sentença que, v g., fixara os honorários de advogado abaixo do mínimo ou acima do máximo legal (. . .), o valor há de ser a diferença, para mais ou para menos, que se pleiteia na ação rescisória"224.

8.4. Prazo de defesa

O art. 4 9 1 do CPC não fixa o prazo para a defesa do réu na ação rescisória, atribuindo essa tarefa ao relator, mas estabelece limites dentro dos quais o prazo deverá ser estabelecido. Cabe ao relator determinar o prazo, entre o mínimo de quinze e o máximo de trinta dias. Para esses casos, em que o prazo é fixado pelo juiz, obedecidos os limites estabelecidos em lei, Cristina Ferraz defende ser um

22 1 . STJ, J" T .. REsp n. 7 1 8.473/SC, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.1 0.2005, publicado no DJ de 07. 1 1 .2005, p. 1 19.

222. "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR ATRIBUI DO À CAUSA. 1 . Na ação rescisória, o valor dado à causa corresponde à importância a ser obtida pela procedência total cios pedidos formulados. Considera-se, para tanto, que a ação rescisória é autônoma, e pode ter por objeto a desconstituição cio acórdão na sua integralidade ou apenas cm pane. Demais disso, diante das circunstfineias jurídicas e econômicas da época da propositura da ação rescisória, aquele valor atribuído na ação originária pode não mais corresponder ao beneficio patrimonial a ser aferido. 2. Se a propositura da ação rescindenda é posterior à liquidação da sentença condenatória, estabelece-se uma vinculação necessária entre o montante então apurado na liquidação e o valor da rescisória, por ser aquele o valor que reflete com exatidão o conteúdo econômico que se pretende obter com a modificaçílo do julgado. 3. Embargos de divergência a que

se nega provimento." (STJ, I" S., EREsp n. 383.81 7/RS, rei. Min. Teori Albino Zavascki,j. 24.08.2005, publicado no D./ de 12.09.2005, p. 1 96).

223. STJ, Cone Especial, EREsp n. 448.579/MA, rei. Min. Ari Pargcndler, j. 1 5 . 1 2.2004, publicado no DJ de 2 1.02.2005, p. 99.

224. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 102.



tipo diferente de prazo, a que atribui a denominação de prazo misto, assim denominado mercê da conjugação de determinações legais e judiciais. Embora o prazo seja fixado pelo juiz, há m limite estabelecido em lei. De fato, "o prazo misto resulta de uma combinação entre um prazo fixado pela lei, devendo haver uma complementação com um outro prazo assinado pelo juiz"225. Parece, contudo, que, nesses casos, o prazo deva ser enquadrado como espécie de prazo judicial, eis que, em última análise, sua fi xação decorre de determinação judicial, e não de norma legal. Realmente, os prazos judiciais são "não apenas aqueles prazos não previstos pela lei, como, também, os que a lei expressamente indique o juiz como agente fixador"226•

A propósito, cumpre perqui' ir se o art. 1 88 do CPC aplica-se à ação rescisória, isto é, se a Fazenda Pública e o Ministério Público dispõem de prazo em quádruplo para responder a esse tipo de demanda. O art. 1 88 do CPC não se aplica aos prazos judiciais. O prazo fixad0 para o réu responder à ação rescisória é um prazo judicial, eis que estimado pelo relator. É bem verdade que há um limite mínimo e máximo, denb·o do qual o prnzo haverá de ser estabelecido, circunstância que, embora gere a denominação, por alguns doutrinadores, de prazo misto, não o descaracteriza como prazo judkial. Além do mais, o art. 491 do CPC impõe como limite máximo para apresentação de resposta na ação rescisória o prazo de trinta dias, não sendo compatível, portanto, com a regra a aplicação do cômputo em quádruplo previsto no art. 1 88 do CPC. Com efeito, " . . . o a1tigo 1 88 não pode ser estendido aos prazos judiei 1is, dentre eles o previsto no artigo 49 1 . A adoção da tese - em prol da aplicação do artigo 1 88 conduz à inutilidade do artigo 49 1 ,

-

já que, em última análise, não ◆eria observado o prazo máximo de trinta dias nele fixado"227. No caso da ação rescisória, "inaplicável é o art. J 88, que somente concerne aos prazos legais, não aos judiciais."228

Diferente, contudo, é o entendimento da 6ª Turma do STJ, manifestado no j ulgamento do REsp n. 363.780/RS, rei. Min. Paulo Gallotti, j. 27.08.2002,

publicado no DJ de 02. 1 2.2002, p. 379229• Do voto do relator extrai-se o seguinte h·echo, indicativo do entendimento adotado:

"Embora considerando relev. mtes os argumentos, notadamente por revelarem, no fundo, o elogiável propósito d..: efetivamente se estabelecer a verdadeira igualdade no tratamento dispensado aos litigantes em processo judicial, na verdade, o dispositivo 225. FERRAZ, Cristina. Os prazos no p1 1cesso de conhecime1110. São Paulo: RT, 2002, p. 120.

226. DALL' AGNOL, Antônio. Co111e11rá.-ios ao Cádigo de Processo Civil. Siio Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 3 1 1 .

227. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod 1çào aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. cit., p. 542.

228. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Came111ários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 172.

229. Assim. também, STJ, 2• S., AGRAlt n. 250/MT, rei. Min. Barros Monteiro, j. 13.06.1 990, publicado no DJ de 06.08.1 990, p. 7 . 3 1 7.



em questão não estabelece qualquer distinção nos casos de sua incidência, não parecendo razoável que, justamente em tema tão relevante, vale dizer, a pretensão de desconstituir a coisa julgada tendo como ré, em sentido amplo, a Fazenda Pública, se interprete a norma restritivamente, quando o interesse público, ser inspirador, está em jogo".

De tal entendimento não diverge a orientação ministrada pelo Supremo Tribunal Federal23º. O Ministro relator, ao emitir o seu voto, valeu-se do seguinte

argumento:

"Nada há que autorize se clessurna cio texto cio art. 188 do CPC a aplicabilidade restrita aos prazos legais prefixados e não àqueles dependentes de certa margem de arbítrio judicial dentre os limites legais, como é o caso da resposta do réu na ação rescisória (art. 49 1 do CPC). Em qualquer caso, o que se confere ao réu, para o ônus de defender-se, é o prazo ela contestação dentro no qual possa exercitá-lo. Numerado pela lei ou pelo juiz, é a mesma a função, quanto a realidade dessa medida de tempo processual. Ora, este módulo, qualquer que seja a sua resultância, é que está sujeito a uma aritmética de quadruplicação, nos termos do art. 1 88".

É bem verdade que o interesse público subjacente na atuação do Poder Público, os entraves burocráticos, a dificuldade de acesso aos fatos e demais elementos relacionados com a causa e a impossibilidade material de o advogado público recusar a atribuição de elaborar a defesa são dados concretos e suficientes para justificar o tratamento diferenciado que se confere à Fazenda Públ ica em juízo. É igualmente verdadeiro que a razão que fundamenta a aplicação do art. 188 do CPC estaria presente na contestação à ação rescisória, sobretudo porque, além de todas aquelas justificativas, há o interesse de preservar-se a coisa julgada material constituída em favor do ente público.

Acontece, porém, que há regras especiais que prevalecem em relação às normas gerais contidas no Código de Processo Civil. Na ação popular, por exemplo, o prazo para a resposta do réu é de vinte dias, não se aplicando o art.

1 8 8 do CPC. Tal prazo de vinte dias pode até ser prorrogado (Lei n. 4.7 1 7/65, art. 7°, 1 V), mas não será quadrupl icado, eis que não aplicável, na espécie, o art. l 88 do CPC.

No caso da ação rescisória, o art. 491 do CPC encerra comando igualmente especial, não se submetendo à regra geral do art. 188 do CPC. E isso porque o prazo para a resposta do réu é fixado pelo relator, não podendo ser inferior a quinze dias nem superior a 30 (trinta) dias. Significa que a quadruplicação prevista no art. J 88 do CPC apresenta-se como incompatível com a regra inscrita no art. 491

230. STJ, l' T., RE n. 94.960/RJ. rei. Min. Rafael Maycr. j. 24. 1 1 . 1 98 1 , publicado no DJ de 08.10.1982, p.

1 0 . 1 90.

475



FREDIE ÜJDIER IR. E LEO ARDO CARNEIRO DA CUNHA

do CPC, pois o limite máximo para o prazo da resposta é de trinta dias. A bem da verdade, o art. 1 88 do CPC não faz distinção entre prazos legais e prazos judiciais.

Todavia, o art. 491 do CPC fixa um máximo de 30 (trinta) dias para a contestação na ação rescisória, de sorte que o prazo nunca deve ser superior àquele limite.

Em outras palavras, não se permite ao relator conceder ao réu, na ação rescisória, um prazo superior a 30 (trinta) dias. Daí não se computar o quádruplo previsto no art. 188 do CPC, porquanto, ainda que se fixasse o limite mínimo (1 5 dias), a quadruplicação extrapolaria o limite máximo de 30 (trinta) dias.

Se, contudo, o relator, no caso concreto, determinar a aplicação do art. J 88

do CPC, constando expressamente do mandado de citação a fixação de prazo em quádruplo, a Fazenda Pública deverá beneficiar-se da regra. E isso porque, consoante já firmado pelo STJ, o ... mandado citatório com prazo superior

"

ao legal para contestar " é válido, sendo tempestiva a contestação que atende ao prazo ali anotado231 . Aliás, é requisito do mandado de citação a indicação do prazo, com a designação quantitativa do número de dias que tem o citando para apresentar contestação232.

Enfim, para evitar prejuízo à defesa, é imperioso que o relator da ação rescisória, ao fixar o prazo de resposta, esclareça, no despacho inicial, se entende aplicável ou não o art. 1 8 8 do C PC.

8.5. Revelia na ação rescisória

O réu revel é aquele que não contesta tempestivarnente uma demanda contra ele dirigida. Não vindo o réu, ra ação rescisória, a apresentar contestação, será revel. É possível, pois, haver revelia em ação rescisória. Cumpre perquirir se ela produz seus efeitos.

O efeito material da revelia consiste presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (CPC, att. 3 1 9). Por sua vez, o efeito processual identifica-se com 23 1 . STJ, 6' T., REsp n. 49.994/RJ, rei. Mi 1. Adhemar Maciel,j. 1 1 . 10.1994, publicado no DJ de 3 1 . 1 0. 1 994, p. 29.536.

232. STJ, 4' T., REsp n. 175.546/RS, rei. Min. Sálvio ele Figueiredo Teixeira, j. 05.08. 1999, publicado no DJ ele 1 3 .09.1999, p. 69. A propósito, vale conferir o

seguinte julgado: "l - O mandado de ci1ação deve conter o prazo para a defesa, sob pen< de nulidade, que, pela sua gravidade, pode ser arguida a qualquer tempo, sendo irrelevante não ter sido •tlegada na primeira oportunidade que o réu teve de falar nos autos.

li - Por esse prazo se deve entender a designação quantitativa do número de dias que tem o citando para apresentar contestação. E a menção expressa ao prazo se justifica exatamente para que o destinatário da citação fique ciente do período de ten po de que dispõe para tomar as providências que lhe incumbem".

(STJ, 4' T., REsp n. 58.699/AL, rei. l\lin. Sálvio de Figueiredo Teixeira,j. 16.06.1998, publicado no DJ

de 29.03.1 999, p. 179).



a dispensa de intimação do réu para os atos do processo, de sorte que os prazos correrão independentemente de sua intimação (CPC, art. 322).

A revelia na ação rescisória não produz seu efeito material, de maneira que,

sendo revel o réu na ação rescisória, não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial. Realmente, "a autoridade da coisa julgada, de que se reveste a sentença ou o acórdão rescindendo, é fato bastante para afastar a verossimilhança acentuada que justificaria o julgamento com base nos aits. 3 1 9 e 330, I l , do CPC. O autor, na ação rescisória, tem o ônus de demonstrar a ocorrência de algum dos vícios relacionados no art. 485 do CPC e o silêncio do réu, não oferecendo contestação, não o dispensa desse ônus"233 .

que a autoridade da coisa julgada não pode ser desfeita com uma simples presunção que, ai iás, é relativa. Sabe-se que a presunção de veracidade gerada pela revelia é relativa, e não absoluta, admitindo prova em contrário. Uma simples presunção relativa não poderia ter o condão de afastar a autoridade da coisa julgada.

Não bastasse isso, é bem de ver que o art. 491 do CPC, ao disciplinar o procedimento da ação rescisória, assim dispõe: "Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 1 5 (quinze) dias nem superior a 30

(trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro l , Título VIII, Capítulos IV e V". Como se vê, à ação rescisória aplicam-se as regras do procedimento ordinário, pertinentes às providências preliminares e ao julgamento antecipado da lide, não havendo referência ao Capítulo J l l do Título V I I I do Livro I, que diz respeito à revelia e aos seus efeitos. Logo, há revelia na ação rescisória, mas sua ocorrência é irrelevante, eis que não são produzidos os seus efeitos.

Esse, aliás, é o magistério de Sérgio Rizzi, que, a propósito, assim leciona:

"E, se o réu oão contestar, ainda que se declare a revelia, essa revelia não irá produzir os efeitos encontrados no art. 3 1 9. O art. 3 1 9 diz que 'se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor'. Mas este preceito não alcança a ação rescisória. Quer em razão da ordem pública que acompanha a coisa julgada, quer em razão de o legislador, ao se referir aos capítulos do procedimento comum ordinário, não tê-lo feito em relação ao capítulo Ili, que cuida especificamente desse efeito da revelia. Não há, pois, nenhum prejuízo do ponto de vista da confissão dos fatos por falta de contestação"234•

233. MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. A revelia sob o aspecto da instn1111e11talidade. São Paulo: RT, 2003, n. 3.6.1, p. 1 70.

234. R IZZI, Luiz Sérgio de Souza. "Da ação rescisória". Revista de P1Vcesso. São Paulo: RT, 1 982, n. 26, p. 192.



u



Por isso, é forçoso cone) ir que há revelia na ação rescisória, mas ela nã.o produz o efeito material previsto no art. 3 1 9 do CPC.

Em relação ao efeito processual da revelia, não há óbice para a sua produção no processo da ação rescisória.

8.6. Reconvenção na ação rescisória

Admite-se a reconvenção çm ação rescisória. Dois, são, porém, os requisitos: a) é preciso que a reconvenção também seja uma ação rescisória; b) é preciso que se trate de ação rescisória do mesmo julgado que já é objeto de pedido de rescisão.

"Exemplo de fácil percepção o da rescisão de uma sentença em que autor e o réu

.

tenham sido vencidos e vencedores em pa1te. Propondo um deles a rescisória, para afastar a coisa julgada material na parte em que a sentença lhe foi adversa, poderá o outro também reconvir pedindo a rescisão da parte em que fora vencido"235•

Ademais, para que caiba a reconvenção na ação rescisória, é preciso que ainda haja prazo para a propositura de ação rescisória. Se, ao ser apresentada a reconvenção pelo réu, já não havia mais prazo para o ajuiza.menta da rescisória, não deve ser admitida a reconvenção.

8.7. Produção de provas na ação rescisória

É possível a produção de provas no processo da ação rescisória. Aliás, o próprio art. 485, em alguns momento-, dispõe expressamente sobre isso (p. ex., no inciso V I : "cuja falsidade seja provada na própria ação rescisó1ia").

O a1t. 492 do CPC prescreve que: "se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de quarenta e cinco (45) a noventa (90) dias para a devolução dos autos".

Delegada a produção de pr vas a um juiz de primeira instância, esse irá colhê-las.

Além de colher as provas. pode o juiz proferir decisões que prejudiquem as partes?

Poderá o juiz indeferir a o tiva de uma testemunha, ou uma contradita formulada, ou uma pergunta feita a un a testemunha, ou a juntada de um documento destinado a fazer contraprova, enfim o juiz poderá proferir uma decisão que seja prejudicial a uma das partes? Nesses casos, se se entender possível a prolação dessas decisões pelo juiz, como impugná-las? Cabe agravo relido? Se couber. tal agravo retido seria reiterado onde/quando? Ca eria agravo regimental (considerando que o juiz atua por delegação, "como se fosse" o relator)? Ou não cabe nada, não havendo preclusão?

Em interessante texto. RoJrigo Barioni enfrenta essa questão, sendo conveniente ceder-lhe a palavra:

235. PASSOS, José Joaquim Calmo1 de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, v. 3, p. 347.

AÇÃO RESCISÓRIA

"O Código de Processo Civil não traz qualquer in.çlicativo da resolução do problema.

A resposta a tais indagações passa, obrigatoriamente, pela análise do regimento interno do tribunal competente para o julgamento da ação rescisória. À delegação da competência do relator ao órgão de primeiro grau de jurisdição é inerente a transferência do poder de julgar questões concernentes à produção da prova. Ao órgão colegiado, porém, fica reservado o controle dessas decisões.

Casos há em que o regimento prevê a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo relator na instrução da rescisória, reservando ao órgão competente para o julgamento da causa a apreciação de tais matérias, independentemente de recurso. Nessa hipótese, a falta de impugnação à decisão que causou à parte não enseja preclusão, sendo lícito ao órgão julgador da rescisória examinar a correção do ato decisório.

Alguns regimentos internos adotam distinta linha procedimental, preferindo não relegar para o julgamento da rescisória a revisão das decisões interlocutórias proferidas pelo relator. Conferem à parte o ônus de impugnar as decisões tomadas no curso do processo, por meio de agravo, sob pena de preclusão. O controle pelo colegiado é feito apenas em relação às decisões interlocutórias que foram objeto de recurso.

O fato de a instrução realizar-se perante órgão de primeiro grau de jurisdição não afasta do órgão colegiado o poder de fiscalizar as decisões proferidas no curso da rescisória. Cumpre à parte insatisfeita com a decisão do órgão de primeiro grau impugná-la, por meio de agravo de instrumento, dirigido ao tribunal competente para o j ulgamento da rescisória"216.

Como se percebe, a opinião de RODRIGO BARION1 aponta ser possível o juiz proferir tais decisões. Sua opinião parte do pressuposto de que haveria, nesse caso, delegação de poder decisório, de sorte que, surgindo uma questão ou incidente, o próprio juiz resolve, sendo possível ao tribunal rever a decisão tomada pelo juiz. Não é essa, contudo, a opinião adotada neste Curso. Aqui se defende que a competência para julgar ou o poder decisório é indelegável, não havendo, no sistema, autorização para essa delegação. Poder probatório, poder de condução do processo e poder executivo, exatamente porque não envolvem decisão, podem ser delegados, mas o decisório não. Ademais, a competência para processar e julgar ação rescisória é constitucionalmente definida como competência originária dos tribunais. E, de acordo com o princípio da indisponibilidade de competências, as atribuições constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles previstos na Constituição.237

As decisões, na ação rescisória, devem ser tomadas pelo tribunal ou por algum membro seu. Não deve o juiz de primeira instância - a quem se delegou poder instrutório, e não decisório - indeferir provas ou proferir decisões. Surgindo um incidente ou questão, deve ser apresentada ao relator, no tribunal. O relator deve

decidir, cabendo de sua decisão um agravo regimental. Também não parece possível que possa o regimento interno do tribunal disciplinar regras de processo relativas à delegação do poder de julgar, à preclusão ou ao cabimento de recursos previstos no Código de Processo Civil.

236. BARIONI, Rodrigo. "Observações sobre o procedimento da ação rescisória". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. NERY J R .. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2006, v. 10, p. 546-547.

237. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. J11risdiçcio e competência. São Paulo: RT, 2008, n. 1 .5, p. 47.

FREDIE ÜIOIEI JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Se o juiz proferir decisões, caberá agravo de instrumento, não contra a decisão em si, mas contra a usurpação de competência do tribunal. Ao tribunal cabe cassar a decisão do juiz, devendo a questão ser enfrentada pelo relator. Ao juiz, em vez de decidir, cabe remeter a quest.lo ao relator para deliberação. Como demonstrado no capitulo de reclamação constitucional, o STF admite o cabimento desta em tribunal de justiça. Nesse sentido, e seguindo a trilha desse

entendimento, caberia, além do agravo de instrumento, uma reclamação constitucional por usurpação de competência, com a mesma finalidade de o tribunal cassar a decisão do juiz, a fim de que a questão ou o incidente seja resolvido pelo relator.

Não obstante isso, a prov:J. oral, no processo da ação rescisória, pode ser colhida de três fonnas: "a) expede-se carta de ordem a juiz de primeira instância, para que colha a prova oral (art. 492 do CPC); b) o relator faz a colheita da prova oral em seu gabinete238; c) a prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese que djficilmente ocorrerá, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais, mas que certamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, pois a o princípio da imediação na colheita das provas, muito importante em provas orais, estaria preservado.

Consoante já examinado, há uma tendência de os tribunais darem tratamento equivalente à ação rescisória fuod ida no inciso V do art. 485 (violação à literal disposição de lei) e aos recursos extraordinários. Partindo-se desta premissa, compreende-se o enunciado n. 4 1 O da súmula da jurisprudência domioame do Tribunal Superior do Trabalho: "A ação resci�ória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda".

8.8. I ntervenção do Ministério Público

Não obstante o silêncio do CPC, a ação rescisória é hipótese de intervenção obrigatória do M inistério Público, tendo em vista o interesse público evidenciado pela "natureza da lide" (CPC, art. 82, III), a menos que ele próprio seja o autor da ação rescisória239•

8.9. Suspensão da execucho da decisão rescindenda e tutela antecipada na ação rescisória

Na dicção do art. 489 do CPC, "o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os p1 essupostos previstos em lei, de medidas de natureza

238. Examinando o art. 492 do CPC, Barbosa Moreira entende que o relator mesmo pode colher a prova oral: Comentários ao Código de Pro,·esso Civil, 12 ed. cit., p. 197.

239. MOREIRA, José Carlos Barbou Comentários ao Código de Processo Civil.

12 ed. cit., p. 1 99-200; MA

CHADO, Antônio Clâudio da (osta. A i11te1·e11ção do Ministério Público no processo civil brasileiro. 2

ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p 373-374.

480

AÇÃO RESCISÓRIA

cautelar ou antecipatória de tutela". Vale dizer que o simples ajuizamento da ação rescisória não tem o condão de suspender ou paralisar a execução, mas é possível a concessão de tutela de urgência para impedir a execução da decisão rescindenda.

A nova redação do dispositivo encerra discussão doutrinária sobre o cabimento da tutela de urgência, com esse objetivo, no âmbito da própria ação rescisória.

A redação anterior não continha a ressalva que agora permite a concessão da medida preventiva.

A interpretação que se dava ao atiigo não permitia que fosse sobrestada a execução fundada em sentença de mérito transitada em julgado. Assim, constituía verdadeiro dogma a proibição de haver a suspensão da execução, em razão da propositura da ação rescisória ou de determinação imposta ali mesmo, na própria rescisória. A literalidade do dispositivo e a intangibilidade da coisa julgada serviam de motivo para a não-aceitação da suspensão da execução, por determinação que levasse em conta o provável êxito da ação rescisória.

Posteriormente, passou-se a aceitar o uso da ação cautelar inominada para obter a suspensão da execução, a fim de assegurar-se o resultado útil da ação rescisória240• É que, levada ao extremo a interpretação do antigo art. 489 do CPC, várias rescisórias constituiriam mero exercício de inutilidade, restando frustrado o seu resultado final, em caso de procedência tardia. A ação cautelar, como se sabe, serve para assegurar o resultado útil de um processo principal, de nada valendo a decisão proferida neste, quando já ultimada a execução, com o pagamento da dívida inscrita no título. Se, por um lado, a coisa julgada recebe especial proteção constitucional, a própria Constituição Federal, por outro lado, estabelece competência aos tribunais para julgar ações rescisórias de seus próprios julgados.

Assim, e diante da autonomia da ação cautelar, que não seria afetada pela veda

ção constante do art. 489 do CPC, afigura-se possível suspender a execução em virtude de liminar concedida em ação cautelar, dada a relevância do argumento da rescisória, desde que igualmente presente o perigo na demora241.

Ademais, a ação rescisória devia, a exemplo de qualquer outra demanda, ser eficaz, tendo resultado efetivo. Em outras palavras, o princípio da efetividade tem aplicação também na ação rescisória, de tal forma que uma lesão ou ameaça

não 240. A propósito, o estudo original de LACERDA, Galena. "Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1983, n. 29, p. 38-40.

241 . LACERDA, Galena. "Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1983, 11. 29, p. 38-40. Contra. entendendo que não se deve suspender, via cautelar, a execução do julgado, por prevalecer a regra cio art. 489 do CPC: MACHADO, Agapito. "Ação cautelar inominada preparatória de ação rescisória, colimando suspender os efeitos executórias do decisum rescindendo e outras peculiaridades". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1998, n. 752, p. 47-60.



pode ser afastada do controle jmisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV). Daí por que, não obstante a regra contida no art. 489 do CPC, pode ser suspensa a execução, mediante a concessão de medida que garanta a tutela de urgência.

Com a introdução da tutela antecipada no sistema processual brasileiro, mediante alteração levada a efeit no art. 273 do CPC, passou-se a entender que a suspensão da execução deveria ser feita, não por liminar em cautelar, mas sim por meio de decisão que antecipasse, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional a ser prestada na ação rescisória242• Com efeito, "não obstante o disposto no 489

do Código de Processo Civil -- 'A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda' - o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, excepcionalmente, a cone ssão da antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória com o fito de suspen er a execução da decisão rescindenda, desde que presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil"243. Em outras palavras, "a princípio, 'a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda' (art. 489 do CPC). No entanto, a jurisprudência desta Corte tem admitido, excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação rescisória, para suspender a execução da decisão rescindenda, quando presentes as hipóteses previstas no artig 273 do Código de Processo Civil244• No mesmo sentido, a Resolução 6 do IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil: "É

cabível a concessão de tutela na ação rescisória visando à suspensão dos efeitos práticos da sentença resciodenda."

É possível que o executado compareça e apresente sua impugnação antes de escoado o prazo para o ajuizamento de ação rescisória. Se, nessa situação, o executado defender-se, mas não alegar a ausência ou nulidade de citação, a questão, como visto, irá ser alcançada pela preclusão. Ainda que sobeje prazo para ajuizamento de ação rescisória, não devE.rá tal alegação de ausência ou nulidade de citação ser mais utilizada. É que já terá havido a preclusão consumativa. Realmente, o réu já compareceu na fase de cumprimento, defendendo-se e não alegando a falta ou o defeito de sua cit:lção. Não será possível fazê-lo, em seguida, numa futura ação rescisória.

242. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. '"Tutela antecipada na ação rescisória". Revista Dialética de Direito P1vcess11al. São Paulo: Dialética, 20114, n. 12, p. 104-1 1 2 ; ZAVASCKJ, Teori Albino. A111ecipação da Tu rela.

2 ed. São Paulo: Saraiva, 1 999, p. 1 88; MARJNONT, Luiz Guilherme. Anrecipação da 1111ela. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 998, p. 109; GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcellos. A tutela anrecipada e sua admissibilidade em sede de ação re1·cisória. Rio de Janeiro: Forense, 200 1 , passim; CARNEIRO, Athos.

Da antecipação da t111ela 110 p1vce.1so civil. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, p. 74; LOPES, João Batista.

Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 1 1 0-1 1 2 .

243. STJ, 3 ' S.,AgRg na A R n. 2.995/RS rei. Min. Gilson Dipp,j. 10.03.2004, publicado n o DJ de 1 9.04.2004, p. 1 5 1

244. STJ, I' S., AgRg na AR n. 2.870/Pl, rei. Min. Castro Meira,j. 09.06.2004, publicado no DJ de 1 6.08.2004, p. 1 2 1 .

AÇÃO RESCISÓRIA

Havia quem não aceitasse nem a cautelar, nem a tutela antecipada, defendendo o uso do mandado de segurança, com vistas à suspensão da execução245.

Na verdade, a medida cautelar e a tutela antecipada (embora essa última seja tecnicamente a mais adequada) revelavam-se como medidas aptas a impor a suspensão da execução, diante do provável êxito da ação rescisória, não se justificando o cabimento do mandado de segurança. O sistema processual pátrio cuidou de unificar os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem

{mica. Assim, seja a tutela antecipada, seja a medida cautelar, seja a ação cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações de concessão contra a Fazenda Públ ica246.

A assertiva tem a confi1111á-la a inserção do novo § 7° ao art. 273 do CPC pela Lei n. 1 0.444/2002, que permite ao juiz aplicar o princípio da fimgibilidade na concessão de provimentos de urgência247, deferindo uma cautelar no lugar de uma tutela antecipada, evidenciando a unificação do sistema de medidas urgentes248.

A propósito, assim já decidira o STI'-49. Também nesse sentido é o enunciado n. 405 da súmula do TST:

"l - Em face do que dispõe a MP 1 .984-22/00 e reedições e o artigo 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursai, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

11 - O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória. por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória".

Se, diante disso, já não havia mais relevância em distinguir-se, nesse caso, a tutela antecipada da cautelar, cabendo qualquer uma dessas medidas de urgência para, na rescisória, obter-se a suspensão da execução, tanto mais a partir do momento em que ao relator da ação rescisória se conferiu poder geral de cautela.

245. PEREIRA. Rosalina P. C. Rodrigues. Ações prejudiciais à execução. São Paulo: Saraiva, 200 1 , n. 4.3.3.2, p. 349-356.

246. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A .fazendo pública em juízo. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2005, n.

1 1 .4, p. 193- 1 96.

247. Há quem entenda que a fungibilidade estabelecida pelo § 7° do art. 273 do CPC não constitui garantia de um regime único e uni forme para as medidas de urgência. É que, em se tratando de cautelar, admite-se a atuação de oficio do juízo, sendo possível a audiência de justificaç<io prévia e podendo ser exigida do requerente a prestação de caução, o que não se admite, ao menos em tese, na antecipação de tutela (Y AR

SHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória: juízos rescindenle e rescisório, cil., p. 290).

248. TALAM!Nl, Eduardo. "Medidas urgentes ('cautelares e antecipadas'): a Lei 1 0.444/2002 e o inicio de correção de rota para um regime jurídico único". Revis/o Dialélico de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 2, p. 23.

249. STJ, 3' T., REsp n. 3 5 1 .766/SP, rei. Min. Nancy Andrighi,j. 06.05.2002, publicado no DJ de 26.08.2002, p. 214.

Realmente, assim dispõe o art. 1 5 da Medida Provisória nº 2 . 1 80-35/200 1 : "Art.

1 5. Aplica-se à ação rescisória o poàer geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil".

É relevante advertir que tal medida provisória não precisa mais ser reeditada, em razão do que dispõe a Emenda Constitucional nº 32/2001, mantendo sua n

umeração, sua redação e sua vigência, até que seja, formalmente, convertida em lei. Com efeito, a aludida Emenda Constitucional nº 32/2001 alterou algumas regras inerentes às medidas provisórias, fixando, em seu art. 2°, uma disposição transitória, relativa às medidas provisórias até então vigentes, que ainda não teriam sido convertidas em lei.

Diante do art. 1 5 da mencionada Medida Provisória nº 2 . 1 80-35/200 1 , passou a ser possível ao relator da ação rescisória conceder liminar, nos seus próprios autos, com esteio no art. 798 do CPC, de forma que, havendo a coexistência do fiimus bani juris e do periculum in mora, será possível o exercício do poder geral de cautela, com o defenmento de liminar que atenda ao interesse da parte, resguardando o resultado útil do provimento final.

Não se faz necessário, portanto, o ajuizamento de medida cautelar incidental à rescisória para a obtenção de liminar. A propositura da cautelar revelaria ausência de interesse de agir, pois, como se sabe, tal condição da ação somente está presente quando haja necessidade, util idade e adequação. Ora, à vista do dispositivo supra transcrito, afigma-se desnecessário o ajuizamento da cautelar, quando o resultado já pode ser obtido nos próprios autos do feito principal.

De todo modo, é forçoso concluir que não há mai.s sentido na discussão, pois agora há regra expressa pennitindo a concessão da tutela de urgência. O legislador, atento à evolução doutrinária e jurisprudencial, consagrou a tese no texto do art. 489 do CPC.

9. JULGAMENTO: O IUDJCIUM RESCJNDENS E O IUDICIUM RESCIS

SORIUM

O juízo "rescindens " é o juízo rescindente contido na ação rescisória, em razão do qual será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada.

Enfim, o juízo "rescindens " consiste no pedido, formulado pelo autor da ação rescisória, para que seja desconsti tuída a decisão trânsita em julgado.

O juízo "rescindens " e-stá sempre presente em todas as hipóteses previstas no art. 485 do CPC, "porque caracteriza, em última análise, a ação rescisória como tal "250.

250. BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil !111e1pretado, cit.,

p. 1 .494.

484

AÇÃO RESCISÓRIA

Pelo juízo "rescissorium , o tribunal, na ação rescisória, promove um novo

"

julgamento da causa. O exercício do juízo "resóssorium , como se percebe,

"

depende do prévio acolhimento do juízo "rescindens O iudicium rescindens é

".

preliminar ao iudicium rescissorium. É exemplo da cumulação sucessiva em que o primeiro pedido é preliminar o ao segundo251 .

Assim, desconstituída a decisão trânsitada em j ulgado, com o acolhimento do juízo "rescindens", passa o tribunal ao exame do juízo "rescissorium", procedendo a um novo julgamento da causa, para julgar procedente ou improcedente o pedido formulado na causa originária e renovado na petição inicial da ação rescisória. Percebe-se, então, que a vitória no j u ízo rescindente não é, em regra, garantia de vitória no juízo rescisório - e é por isso que o primeiro é prel iminar ao segundo.

Daí já se percebe que a ação rescisória desencadeia o exercício de 3 (três) juízos, a saber: a) o de admissibilidade; b) o rescindente; e c) o rescisório. Pelo primeiro exame, o tribunal irá verificar se realmente é cabível a ação rescisória, perquirindo quanto à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como se houve decisão de mérito transitada em julgado e se a parte autora está a alegar uma das hipóteses encartadas em um dos incisos do art. 485 do CPC. No juízo rescindente, será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada. E, finalmente, no juízo rescisório, promove-se um novo julgamento da causa.

Significa, então, que o pedido formulado na ação rescisória pode dividi r-se em 2 (duas) pretensões: a) juízo rescindente (iudicium rescindens) e b) juízo rescisório (iudicium rescissorium). A pretensão rescindente é desconstitutiva; a pretensão de re-julgamento pode dar origem a acórdão de qualquer espécie (variará conforme a natureza da causa que se busca ver novamente decidida: declaratória, constitutiva ou condenatória).

O tribunal, no julgamento da rescisória, deve apreciar as duas pretensões, rescindindo a sentença e rejulgando a demanda. O juízo rescindente está sempre presente em todas as hipóteses do art. 485 do CPC, enquanto, em alguns casos de que é exemplo a hipótese do inciso I V (ofensa ao efeito negativo da coisa

julgada), poderá ser dispensado o juízo rescisório: a sentença será rescindida, sendo prescindível o rejulgamento da demanda. Nesta última hipótese, em que 2 5 1 . "Apenas quando a rescindibilidade da sentença decorre da sua injustiça (v. g., art. 485, nº IX) é que o iudicium rescindem; funciona como prejudicial do i11dici11111 rescissori11111". (MOREIRA, José Carlos Barbosa.

Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 205).

485

se apresenta, apenas, o juízo rescindente, o julgamento pelo tribunal irá cingir

-se a desconstituir ou nã.o a coisa julgada.

Estabelece o art. 488, I, do CPC, que, na ação rescisória, a petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa. Há hipóteses, como se viu, em que a rescisória conterá apenas o pedido de rescisão, mas, na maioria delas, a tal pedido deve ser cumulado o de novo julgamento da causa.

Se não vier tal cumulação, ou seja, se o pedido de novo julgamento da causa não for formulado, "é defeso seu enfrentamento de oficio mesmo quando possível, sob pena de violação dos arts. 1 28, 262 e 460, do CPC, que agasalham o princípio da inércia da jurisdição"252. Em outras palavras, "não é lícito ao órgão julgador supri.r, por si, o pedido de novo julgamento que o autor haja porventura omitido"253.

Nesse caso, ou seja, faltando o pedido de novo julgamento, quando se revele obrigatório, cabe ao relator, nos termos do art. 284 do CPC, determinar a intimação do autor para que emende a petição inicial e, aí, formule a pretensão ausente. Se, passado o prazo sem que o autor emende a petição, deverá, então, ser indeferida a petição inicial, não se viabilizando a correção de ofício pelo tribunal254.

Em suma, os juízos "rescindens " e "rescissorium " devem ser cumulados na maioria das hipóteses do a1t. 485 do CPC. Não sendo cumulados, não pode o Tribunal decidir ambos, sob pena de proferir decisão extra petita. N o particular, deve ser determinada a emenda da petição inicial, sendo barrada a rescisória no juízo de admissibil idade, cas não se promova a referida emenda.

Na ação rescisória, há, além do relator, um revisor. Após lançado o relatório nos autos, o revisor a estes terá acesso, apondo seu visto, após o que pedirá dia para julgamento. No julgamento, os membros do órgã.o indicado pelo regimento deverão proferir seus votos, não estando impedidos os juízes que participaram do julgamento rescindendo, ele acordo com entendimento consolidado no

enunciado n. 252 da súmula do STF. Cabe sustentação oral em julgamento de ação rescisória.

1 0. EFICÁCIA TEMPORAL DO JULGAMENTO RESCINDENTE.

O acolhimento do pedido rescindente é constitutivo negativo: desfaz-se a coisa julgada material.

252. BUENO, Cassio Scarpinella. Códi,:o de Processo Civil Interpretado, cit., p. 1 .494.

253. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cit., p. 1 6 1 .

254. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6 ed. cil., p. 1 6 1 .

A partir daí, passa-se ao julgamento do pedido rescisório, com o rejulgamento da causa. Vê-se que, no tocante ao juízo rescindente, a ação rescisória é constitutiva negativa ou desconstitutiva, produzindo-se efeitos ex tunc, tendo, portanto, eficácia retroativa para desfazer tudo que se realizou a partir da sentença ou do julgado rescindendo.

Sucede que o princípio da proteção da confiança, examinado no v. 1 deste Curso, pode impor a modulação temporal dos efeitos do acórdão que rescinde decisão

transitada em julgado255.

Examinemos o caso da rescisória por incompetência absoluta (CPC, art. 485, l i). Ao rescindir a sentença, deverá o lTibunal estabelecer quais atos processuais serão aproveitados, indicando expressamente os que foram anulados (CPC, art. 1 1 3, § 2º). Em regra, acolhida a rescisória por incompetência absoluta, deve o tribunal desfazer a sentença. É possível, contudo, que o tribunal decida manter os efeitos da sentença rescindida, até que outra seja proferida pelo juízo competente, sendo certo que este último poderá, até mesmo, proferir sentença que ostente o mesmo resultado daquela anulada, que fora proferida pelo juízo incompetente.256 Trata-se de solução semelhante à da regra extraída do sistema processual, que remonta ao Direito Romano, quando se permitia a chamada translatio iudicii157: sem alterar o objeto do processo (fórmula), podia, em algumas situações, ser alterado o juiz, a fim de que o processo pudesse prosseguir sem solução de continuidade, aproveitando-se os atos praticados, com rendimento e economia de tempo. Além do princípio da proteção da confiança, essa solução é reforçada pelo princípio constitucional da duração razoável do processo.

Atualmente, ao tenno translatio iudicii vem sendo atribuído o significado concernente ao fenômeno caracterizado pelo aproveitamento de todos os atos e pela preservação dos efeitos processuais e materiais da demanda, quando do reconhecimento da incompetência.258

255. "é a decisão do próprio procedimento revisionai que poderá ter a sua eficácia temporalmente modulada, passando a incidir o novo cont<:údo somente a partir de um momento fixado na decisão de quebra. Não se pretende modular o conteúdo da decisão rescindcnda, mas sim preservar a posição estável mesmo tendo havido conclusão pela necessidade de superação da estabilidade. É, portanto, a [illegible]ficácia do próprio procedimento revisionai que se opera sem retroação, justamente para favorecer uma transição suave entre a antiga posição estúvcl e o novo conteúdo". (CABRAL, Antonio do Passo. Coisaj11lgada e preclusões dinámicas. Salvador: Editora Jus Podivm, 20 1 3, p. 540). Nesse sentido, ainda, CAMPOS, Arthur Sombra Sales. "Mecanismos de proteção das expectativas legitimas no caso de rescisão ela coisa julgada material".

Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 82 e segs.

256. Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Rec11rsos e ações autônomas de i111pugnaçcio. São Paulo: RT, 2008, n. 12.4, p. 273-275.

257. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano.

São Paulo: RT, 200 1 , p. 108.

258. ASPRELLA, Cristina. La translation i11dicii: trasferi111e1110 dei gi11dizio nel nuovo processo civile (!. n.

6912009). M ilano: Giuffre Editore, 201 O, passim. Sobre o assunto, ainda, vale conferir GRECO, Leonardo. "7/·anslatio iudicii e reassunção do processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, dez. 2008, v.

166; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A translatio iuclicii no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". Revista de Processo. São Paulo: RT, jun. 2012, v. 208, p. 257-263.

O

O

FREDIE DlDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

A translatio iudicii, que é extraída dos princípios da efetividade, da duração razoável do processo, da economia processual e do aproveitamento dos atos processuais, contém o fundamento para que se preservem os efe.itos materiais e processuais da litispendência. É a partir dela que se pode, por exemplo, concluir

que a indicação errônea da autoridade no mandado de segurança não deve ser causa de extinção do processo sem resolução do mérito, aproveitando-se os atos praticados.259

Embora mais visível na ação rescisória por incompetência absoluta, a modulação temporal é técnica que pode ser aplicada em qualquer decisão judicial que quebre algwna estabilidade jurídica e, especialmente, no julgamento da ação rescisória que desconstituiu a coisa j ulgada.

O STJ já enfrentou o tema, por exemplo, no caso de rescisão de decisão judicial que havia reconhecido o direito a parcelas de natureza alimentar, que, a despeito da rescisão, não poderiam ser repetidas260. Em outro julgamento, o STJ, embora não tenha modulado os efeitos da decisão, reconheceu essa possibilidade, ainda que em obiter dictum (STJ, 1°. S., SR n. 3.788-PE, rei. Min. Benedito Gonçalves, j. em 14.04.2010, publicado no DJe de 2 1 .05.201 O):

"Via de regra, a rescisão da sentença de mérito, embora ostente decisão de natureza desconstitutiva, tem efeitos ex tunc, ou seja, retroage para atingir todas as situações decotTentes da relação jurídica discutida no processo original. Excepcionalmente, dada a efetividade da sentença transitada em julgado, que repercute no mundo jurídico desde logo, devem ser ressalvadas dete1 minadas situações havidas sob a coisa julgada até então existente, sobretudo quando env !vem terceiros de boa-fé, o que não ocorre nos autos, porquanto aqui se discute, apenas, a exigibilidade de tributo, matéria restrita à relação jurídico-tributária travada entre fisco e contribuinte".

1 1 . RECURSOS NA AÇÃO RESCISÓRIA

No processo da ação rescisória, há dois tipos possíveis de decisão judicial: decisão isolada de membro de tribunal e o acórdão.

É possível que o relator. por exemplo, indefira a petição inicial da ação rescisória ou conceda/negue um pedido de tutela de urgência. Contra a decisão isolada de relator, cabe agrav interno, para o órgão colegiado competente para o julgamento da própria ação rescisória.

Contra o acórdão que julga ação rescisória, podem caber embargos infringentes.

Para tanto, é preciso que se tnte de acórdão não unânime que tenha rescindido a

259. Nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública

e111j11ízo. 1 O' cd. São Paulo: Dialética, 2012, n. 14.4.6, p. 5 1 7-519.

260. STJ, S'T., REsp. a. 824.61 7-RN, re . Min. Felix Fischer,j. em 20.03.2007, publicado no DJ de 1 6.04.2007; STJ, 6' T., REsp 828.073-RN, rei Min. Celso Limoagi (Desembargador convocado do TJ/SP), j. em 04.02201 O, publicado no DJe de 22.02.201 O.



decisão judicial (art. 530 do CPC). Contra acórdão unânime, ou não unânime que tenha mantido a decisão judicial, cabem recurso especial e/ou recurso extraordinário. Em relação a tais recursos, é importante observar que o recmso excepcional deve versar sobre questão que tenha surgido durante o processo da ação rescisória, e que tenha sido enfrentada pelo tribunal recorrido (prequestionamento) Um exemplo

.

talvez elucide a questão: é possível, por exemplo, recurso especial, por violação ao inciso V do art. 485 do CPC, contra acórdão que não admitiu ação rescisória, sob o fundamento de que a palavra "lei", no texto legal, não inclLÍ a medida provisória.

Não é possível, nos recursos excepcionais, renovar a discussão sobre a ocmTência ou não da causa de pedir da ação rescisória, pois se trata de questão de fato, cuja discussão não pode compor o objeto litigioso de um recurso excepcional. Assim, por exemplo, não é possível ingressar com recurso especial contra acórdão que julga improcedente a ação rescisória, sob o fundamento de que, ao não acolher o pedido, o tribunal teria reincidido na violação à lei alegada com causa de pedir.

A propósito, as lições de Bernardo Pimentel Souza: "Entretanto, prevalece o entendimento de que os recursos para as cortes superiores só podem versar sobre o vício surgido no próprio processo da rescisória, não sendo possível ressuscitar defeito relativo ao processo primitivo"261• Assim, também, José Carlos Barbosa Moreira:

"A questão atinente à violação da norma constitucional não pode tornar-se objeto de reexame pela Corte Suprema, no julgamento do recurso extraordinário, justamente por não ser aí questão de direito, senão de fato. Se a norma constitucional foi ou não violada, decide-o soberanamente o órgão julgador da rescisória, em apreciação insuscetível de controle pelo Supremo Tribunal Federal"262•

O STJ, no tocante ao recurso especial interposto contra acórdão proferido em ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do STJ, passou a flexibilizar tal entendimento, aceitando que o recorrente veicule, nas suas razões recursais, a

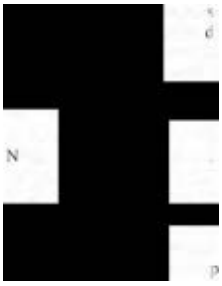
ofensa aos dispositivos que teriam sido violados no acórdão rescindendo e que ensejaram o ajuizamento da ação rescisória. Nesse sentido, confira-se o teor dos seguintes precedentes:

26 1 . Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3 ed. cil., p. 794.

262. Considerações sobre a causo de pedir na ação rescisória, cit., p. 2 1 2. O STJ vem, todavia, entendendo que, quando a rescisória tem por fundamento o inciso V do arl. 485 do CPC, cabe recurso especial em cujas razões se deve apontar também o dispositivo tido como violado pelo acórdão rescindendo. A propósito, confira-se o teor da ementa do seguinte precedente: "Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido. 1 - Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, cio Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição ele recurso especial com base na alínea 'a' do permissivo constitucional. li - Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não hií o registro exigido pelo art.

167 da Lei nº 6.01 5173 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário. 1 1 1 - Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória. "

(Acórdão não unânime da Cone Especial do STJ, REsp 476.665/SP, rei. Min. Amônio de Pádua Ribeiro, j. 1 1 1 2/2004, DJ de 20/6/2005, p. 1 1 2).



FREDIE DLDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRJA. VIOLAÇÃO LITERAL À LEI.

ERRO DE FATO. INADMISSÍVEL DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. O Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação IiterJI a disposição de lei 2. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento juri. prudencial, decidiu que:"(...)Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo e lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido" (Corte Especial - RESP 476.665-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005). 3. Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no Ag 580593/SP, Relator Min istro Humberto Gomes de Barros, DJ de 2 1 .02.2006 e RESP 746301/DF, Relator M inistro Franciulli etto, DJ de 23.05.2006. (..) 8. Recurso Especial improvido" (REsp 804.624/

SP, Rei. Min istro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1 3.02.2007, DJ

12.03.2007 p. 205, REPDJ 16.04.2007 p. 1 72)

"O Recurso Especial pode vir calcado nos mesmos dispositivos que ensejaram a Ação Rescisória por violação literal a disposição de Lei. Assim decidiu, no REsp 476.665/PÁDUA, a Corte Es ecial do STJ, revendo posição anterior." (AgRg no Ag 580593/SP, Rei. Mi nistro HUM BERTO GOMES DE BAR ROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 2 1 .02. 2006, DJ 20.03.2006 p. 265). "Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido.

1 - Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea "a" do permissivo constitucional. TI - Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n.º 6.015'73 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte pa[illegible]sivo necessário. II 1 - Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória." (REsp 476665/SP, Rei.

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA R I BEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 0 1 . 1 2 . 2004, DJ 20.06.2005, p. 1 1 2).

Esse posicionamento consolidou-se com o julgamento, pela Corte Especial do STJ, dos EREsp n. 1 .046.562, Rei. p/ ac. Min. Nancy Andrighi,j. em 2.3.201 1 , de cuja ementa consta a seguinte passagem: "Considerando que, na ação rescisória baseada no art. 485, V, do CPC, há alegação de violação a literal disposição de lei, o mérito do recurso especial se confunde com os próprios fundamentos para a propositura da ação rescisória, autorizando o STJ a examinar também o acórdão rescindendo".

Tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, também cabem no processo da ação rescisória os embargos de divergência e o agravo contra decisão do Presidente/Vice-Presidente do Tribunal a quo que não admite recurso especial ou extraordinário (art. 544 do CPC).

Os embargos de declaração também são admissíveis no processo da ação rescisória, obviamente.

AÇÃO RESCISÓRIA

12. EXECUÇÃO NA AÇÃO RESCCSÓRJA

Julgada a ação rescisória, haverá execução do acórdão que acolheu o pedido rescisório. É possível, ainda, haver execução da verba honorária, seja no caso de rejeição, seja no caso de acolhimento do pedido formulado na ação rescisória.

À execução na ação rescisória aplicam-se as regras do cumprimento da sentença, devendo o executado pagar o valor devido em quinze dias, sob pena de multa de

10%, daí se seguindo a expedição de mandado de penhora e avaliação (CPC, art. 475-J). O executado pode defender-se pela i mpugnação (CPC, arts.

475-L e 475-M). Aplicam-se, enfim, todas as regras relativas ao cumprimento da sentença.

O cumprimento da sentença, na ação rescisória, deve processar-se perante o próprio tribunal que julgou a rescisória. É que, sendo a rescisória uma ação de competência originária de tribunal, cabe a este processar o consequente cumprimento da sentença (CPC, art. 475-P, f). A competência, nesse caso, é funcional e, portanto, absoluta. Em outras palavras, processada e julgada a causa, originariamente, em tribunal, o cumprimento ou a execução do julgado processar-se-á ali mesmo, no tribunal.

No AgRg na Ação Rescisória 974-RN, a 3ª Seção do STJ entendeu que não tinha competência para a execução do julgado. Segundo ali se decidiu, numa interpretação mais preocupada com os aspectos práticos do problema (volume de causas para o STJ executar), a competência seria do juízo de primeira instância, e não do próprio STJ. A competência para a execução do julgado proferido na ação rescisória é, como visto, do próprio tribunal, não podendo ser transferida para outro juízo, exatamente porque se trata de competência funcional e, portanto, absoluta. O volume de causas ou o excesso de demandas não pode ser util izado como justificativa para modificação da competência. A competência absoluta, como se sabe, não se modifica, nem se transfere, nem se prorroga, nem se derroga.

Em suma, a execução do julgado proferido na ação rescisória deve ser processada com base nas regras próprias do cumprimento da sentença, devendo tal processamento opera-se no próprio tribunal que julgou a rescisória.

1 3. AÇÃO RESCISÓ RlA DE JU LGAMENTO PROFERIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA

Como qualquer julgamento, a decisão em ação rescisória pode estar contaminada com algum dos vícios que dão ensejo ao ajuizamento de ação rescisória.

Assim, admite-se a possibilidade de uma ação rescisória contra decisão que julgou outra ação rescisória; ação rescisória de ação rescisória.

Mas, "só é possível discutir, em nova rescisória, vícios atinentes ao decisum proferido na rescisória antecedente. Não pode, portanto, o inconformado, repetir em outra rescisória a mesma causa de pedir que deu ensejo à propositura da antecedente"263. Cabe rescisória de rescisória, por exemplo, se se demonstrar a corrupção, prevaricação, concussão ou impedimento de um dos juízes que

julgaram a primeira ação rescisória. Nesse sentido, com precisão, o enunciado n. 400 da súmula do TST: "Em se tratando de rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a rediscussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não se admite rescisória calcada no inciso V do ar!. 485 do CPC para discussão, por má aplicação dos mesmos dispositivos de lei, tidos por violados na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva".

263. SOUZA, Bemardo Pimentel. /1111odução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3 ed. cit., p. 798.



CAPITULO X

ÁÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA

(QUERELA NULLITATIS)

A decisão judicial existente pode ser impugnada, basicamente, por dois meios de impugnação: o recmso e a ação rescisória. Esses meios servem para impugnar

tanto errares in procedendo quanto errares in iudicando. É possível, pois, por esses meios, discutir a val idade e a justiça da sentença. Ou seja, o recurso é o meio de impugnação da decisão judicial dentro do processo em que a decisão foi proferida (até o trânsito emjulgado); a ação rescisória é o meio de desconstituição da coisa julgada material, que pode ser manejada, conforme já visto, dentro do prazo de dois anos após o trânsito em julgado.

No direito processual civil brasileiro, há, porém, duas hipóteses em que uma decisão judicial existente pode ser inval.idada após o prazo da ação rescisória. É

o caso da decisão proferida em desfavor1 do réu, em processo que correu à sua revelia2, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 4 7 5-L, I, e art. 7 4 l , I, CPC). Nesses casos, a decisão judicial está contaminada por vícios transrescisórios3.

No primeiro volume deste curso, restou demonstrado que a citação não é pressuposto de existência do processo, embora muitos doutrinadores pensem em sentido contrário4• Acolhe-se o entendimento de Cândido Dinamarco, Pontes de Miranda, 1 .

Se a sentença é favorável ao réu não-citado, não é possível a sua invalidação, pois não há nulidade sem prejuízo. Além disso, faltaria ao réu não-citado interesse de agir na propositura da querela nullitatis. Em sentido contrário, Pontes de Miranda, ·'a sentença, ainda favorável, não cobre o vício da citação nula do revel". (Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 1 1 , p. 82).

2.

Perceba que se o réu não foi citado ou foi citado irregularmente, mas não houve revelia, pois ele compareceu espontaneamente (art. 2 1 4 do CPC), não cabe mais a querela nullitatis. O réu-revel, por exemplo, pode utilizar-se da apelação contra a sentença proferida em processo em que não foi citado. Ao fazer isso, ingressa na relação jurídica processual, não poclenclo, posteriormente, após o trânsito em julgado ela decisão, utilizar-se da querela nul/itatis.

3.

TESHELNER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.

4.

Entendem que a citação é pressuposto ele existência do processo, apenas para exemplificar: ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4 ecl. São Paulo: RT, 1998, p. 39; TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada e a sua reviscio. São Paulo: RT, 2005, p. 337-346; KO

MATSU, Roque. Da invalidade no processo civil, cit., p. 162-163; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes ela. Teoria da inexistência no direito processual civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1 998, p.

55; COR.RElA, André de Luizi. A citação 110 direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 2001, p. 95-96; PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência 110 processo civil. São Paulo: RT, 2004, p. 125; CÔRTES, Osmar Mendes Paixão.

493



Barbosa Moreira, Adroaldo Furtado Fabrício, José Maria Tesheiner entre outros citados ao longo deste capítulo. Essa lembrança é importante, pois, para esses autores, a querela nullitatis equipara-se a wna ação declaratória de inexistência>, e não a tuna ação de invalidade.

Se já há processo antes da citação, que, a propósito, ocotTe em seu bojo, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à ocon-ência daquilo cuja existência se pretende condicionar. "A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste".6 A citação é condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 2 1 9 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a total ausência de prejuízo (ar·. 249, §§ J 0 e 2°, CPC). O indeferimento da petição inicial, por exemplo, é uma ◆entença 1 iminar, com (prescrição e decadência) ou sem julgamento do mérito, f<.vorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

O meio de impugnação previsto para tais decisões é a ação de nulidade denominada querela nullitatis7, que se distingue da ação rescisória não só pela hipótese de cabimento, mais re◆bita, como também por ser imprescritível e dever

"Ação rescisória contra decisão profuida em processo no qual inocorreu citação ou a citação foi nula -

discussão sobre o seu cabimento". ln , fspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de i111p11g11açcio às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2003, p. 558. Liebman. ew conhecido estudo, contradiz-se: o tíllllo do trabalho é "nulidade da sentença proferida sem citação do réu" e no primeiro parágrafo o autor afirma que o "primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é, e sempre será, a citação do réu". (Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo José Bushatsky Editor, 1976, p. 1 79).

5.

Por exemplo, WAJ\llBIER. Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 507 e segs.; TALAMI 1 Eduardo. A coisa julgada e a sua revisão. cit., p. 368.

6.

DINAMARCO, Cândido. Jnsliluiç<ie□ de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , v. 2, p. 504.

7.

Piero Calamandrei, cm estudo monun ema!, demonstrou que o surgimento da querela nullitatis deu-se no direito intermédio, sendo instituto de□conhecido do direito romano (p. 164). A querela nullitatis, lembra o autor, relacionava-se basica111e111e aos errares in procedendo, que, no direito romano, implicavam inexistência jurídica da decisão - senten ·a nula era sinônimo de sentença i11existe111e (p. 168). Sucede que no direito intennédio, que se caracteriLava pela mistura das características do direito romano e do direito german1co,

esses errares in proc,•dendo passaram a ser defeitos de uma sentença existente, mas nula, impugnável pela querela nullitatis. No direito intermédio, a expressão sentença nula indicava sentença existente. Defeitos que antes im plicm am inexistência (direito romano) passaram a implicar nulidade (p.

168). Posteriormente, a querei/a nul/11a1is passou a ser admitida, também, para impugnar semenças injustas, em situações de extrema gravidade e evidência (p.

1 95). No direito brasileiro, a querela 11ullita1is não serve para impugnar sentença injusta. Talvez essa rápida síntese histórica auxilie a compreensão dos motivos que levam a doutrina a, até h•Jje, misturar as noções de sentença inexistente e de sentença nula.

(CALAMANDREI, Piero. La casacion civil. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 196 l , v. 1 , t. 1 . p. 1 6 1 - 1 75). Também entendendo que se trata de alegação de invalidade da sentença, LUCON, Paulo. ·'Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação". Aspec1os polémicos da nova execuçcio. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 453.

ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da ação rescisória). Ambas, porém, são ações constitutivas8.

Convém anotar o seguinte: a ação rescisória, no direito brasileiro, pennite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua validade (arts. 485, II e IV, p. ex.) e à suajustiça (art. 485, Yl e Vil, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação fidelidade entre a ação rescisória e a invalidade da decisão judicial9.

A querela nullitatis serve, porém, exclusivamente, à invalidação da sentença1º, nesses casos previstos; a sua sobrevivência, no direito brasileiro, restTinge-se a tais casos. A ação rescisória absorveu as outras hipóteses da antiga querela nul!itatis.

Pontes de M i randa já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo 1 1 •

A querela nullitatis, n o direito brasileiro, está prevista como hipótese d e cabimento de impugnação à execução de sentença (art. 475-L, I, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como h ipótese de cabimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 74 l , 1 , CPC)12•

Sucede que o direito potestativo de invalidar a decisão judicial, em tais casos, pode ser exercido por outros meios, bem como a querela nullitatis pode assumir a feição de outro procedimento, distinto dos embargos à execução.

8.

Assim, por exemplo, CALAMANDREI, Piero. La casacion civil, cit., p. 169; MIRANDA, Francisco Cavalcanti .Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, l. 1 1 , cit., p. 86; LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação". Aspectos polêmicos da nova execuçcio. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 453.

9.

MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, V. 5, p. 104.

10. É importante estabelecer a relação entre querela nullitatis e o errar i11 procedendo. Adroaldo Furtado Fabrício explica, sucintamente, a evolução histórica do instituto: "O direito intermédio . . . produziu um remédio específico para a impugnação dos erros de procedimento, já que a apelaçcio se havia firmado a partir do período da cognilio extra ordinem como via de ataque principalmente (se bem que não exclusivamente) ao julgamento de mérito. Surgiu, assim, a querela nu/litatis . . . Objetivava a correção do errar in

procedendo.

Naturalmente, seu aparecimento correspondeu a uma ideia mais expandida de preclusibiliclade, alargada a decisões cujo vício até então se havia considerado como oponível a Lodo tempo, independentemente ele prazo e de forma. (. . .) À injustiça substancial da sentença corresponderia a appellatio; ao vício formal a querela 11111/itatis e à iniquidade a restitutio". ("Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória".

Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246-247). Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 101; LIEBMAN, Enrico Tullio. Notas às Instituições de Direito Processual Civil de Giuseppe Chiovencla. Campinas: Booksellcr, 1 998, v. 3, p. 233, noia 92.

1 1 . M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, L 6, p. 190-199.

12. Reconhecendo a sobrevivência da querela nullitatis no direito brasileiro, ainda, STF, Pleno, RE 97.589-6/

SC, rei. Min. Moreira Alves, j . 1 7. 1 1 .82.

h
e



É possível pensar, por exemplo, em ação autônoma de invalidação da decisão judicial, em espécie atípica de defesa do executado. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já admitiu a querela nu/litatis deduzida em uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público para invalidar decisão judicial proferida sem a citação de um Estado-membro, no caso litisconsorte necessário-unitário13•

É importante a ressalva, pois a ipótese do art. 475-L, I, CPC, refere-se apenas à sentença que reconhece a exist'ncia de obrigação, e, portanto, é título executivo, pois somente essa dá ensejo à atividade executiva. Sentenças que não tenham eficácia executiva, e que padecessem de tal vício, não poderiam ser invalidadas pela impugnação (art. 475-L, I) nem pelos embargos à execução (art. 741 , 1), porque execução não haveria14•

Nada impede, ainda, que se deduza a pretensão de desconstituição da senten

ça em exceção de não-executiv:dade, defesa do executado sem a necessidade de garantia do juízo, por simples petição nos autos (muito semelhante à atual impugnação à execução da sentença e, por isso, atualmente sem muita importância)15.

Consoante anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, é possível alegar a ausência de citação por simples petição. No caso de ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, cabe a querela nullitatis e, de igual modo, uma simples petição para que a questão seja apreciada e anulada a sentença. o referido caso, o STJ confunde, ao longo da fundamentação, inexistência com nulidade e ineficácia, bem com invalidação com rescisão.16

Discute-se muito se é possível o ajuizamento de ação rescisória contra sentença nula, ou se ela somente cabe nos casos de sentença rescindível. Cumpre admitir

essa fungibilidade: decisão judicial com defeito transrescisório pode ser impugnada por ação rescisória, em bom a recíproca não seja verdadeira - decisão judicial com vicio rescisório s ' por ação rescisória pode ser impugnada17. No 13. STJ, 2' T., REsp 445.664-AC, rei. originário Min. Peçanha Martins, rei. para acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 15.4.2004, publicado no DJ de 07.03.2005.

14. Mais uma vez, MIRANDA, Francisc;,i Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil.

2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 1 1 1 , p. 86.

1 5. Pontes de Miranda fala de exceplio 11111/itatis (Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 1 1 , p. 83).

16. Acórdão da 2•Tunna do STJ, R.Esp n. 1 . 1 05.944/SC, rei. Min. Mauro Campbell Marques,j. em 14. 1 2.201 O, publicado no DJe de 8.2.201 1 .

1 7 . Corretamente, Adroaldo Furtado Fabrício, para quem ·'não se pode deixar de pensar em outras vias de dedução da pretensão a que se ligam os embargos do art. 74 1 , 1, fora desses embargos", inclusive a ação rescisória (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não ciiado, querela 11111/itatis e ação rescisória'".

Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 251). É importante frisar que, tendo em visia a reforma do CPC de 2005, não há mais embargos à execução de sentença, ressalvada a hipótese de execução contra a Fazenda Pública (art. 741, !, CPC. que agora somente diz respeito a essa espécie de execução); a defesa típica do executado íar-se-á por impugnação, que não tem narureza de ação, mas de 496



entanto, o STJ não tem admitido a utilização de ação rescisória para desconstituir decisão proferida em processo em que nao houve citação, sob o :fundamento que a rescisória tem cabimento especifico, não comportando alargamentos (STJ, 2ª S., AR n. 771-PA, rel. Min. Aldi.r Passarinho Jr j 1 3 . 12.2006, publicado no Informa

.,

.

tivo n. 308). Em boa hora, porém, o STJ, aplicando os princípios da cooperação, instrumentalidade das formas e da duração razoável do processo, aproveitou os atos processuais j á praticados no processo da ação rescisória inadequadamente proposta, converteu o procedimento em querela nul/itatis e remeteu os autos ao juízo competente, em vez de determinar a extinção do processo sem exame do mérito (STJ, 1 ª. S., EDcl nos EDcl na AR n. 569-PE, rei. Mina Campbell Marques, j. em 24.08.201 1).

"À objeção segundo a qual não se pode rescindir, desconstituir, desfazer o que não existe, facilmente se responde que o caso é de sentença existente, embora nula. E

à de ser igualmente impassível de rescisão o ato nulo de pleno direito, porque desnecessária, igualmente se pode contrapor que a distinção entre nulo e anulável, ou entre nulidade absoluta e relativa, não tem a importância que lhe atribui a doutrina presa aos critérios discretivos acadêmicos: os vícios da sentença, mesmo os de nulidade dita pleno iure, são primeiro alegáveis mediante recurso, mas o superveniente trânsito em julgado em regra os transmuda em simples rescindibilidade, se é que não os apaga de todo".18

Não é possível, entretanto, a utilização da ação anulatória prevista no a1t. 486

do CPC, que, como visto, visa atiJ1gir o ato processual da parte. Não se trata de meio de impugnação de decisão judicial 19•

A competência para a querela nullitatis é do juízo que proferiu a decisão nula, seja o juízo monocrático, seja o tribunal, nos casos em que a decisão foi proferida em processo de sua competência originária.

É possível imaginar, porém, situação que a competência para a querela seja do tribunal, mesmo tendo ele atuado com competência derivada.

Imagine a hipótese de uma apelação contra sentença que indefere a petição inicial.

O tribunal, ao julgá-la, dá-lhe provimento, reformando a sentença e, não obstante mero incidente da fase executiva. Também admitindo várias formas ele impugnação, TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no

processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 285.

18. FABR.ÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu rcvel não citado, querela nullitatis e ação rescisória". Ensaios ele direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 262. Nesse mesmo sentido é a opinião de MACEDO, A lexander dos Santos. Da querela nullitatis - sua subsistência 110 direito brasileiro. Rio de Janeiro: Ed.

Lumen Juris, 2000, p. 34-35; KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: RT, 1991, p. 2 7 1 -272. No STJ, acolhendo essa fungibilidade, para exemplificar: 4' T., REsp n . 330.293/SC, rei.

Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 06.05.2002, p. 295; 2' T., REsp n. 242.580/PE, rei. Min.

Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 13.08.2001 , p. 94.

19. Contra, ASSIS, Araken ele. Cumprimento da sentença. R.io de Janeiro: Forense, 2006, p. 3 1 9; STJ, 3" T., REsp n. 459.351/SP, rei. Min. Castro Filho. j. em 22.05.2003, publicado no DJ de 1 6.06.2003.

LEON

e

FREDIE DmrER JR. E

ARDO CARNEIRO DA CUN11A

a não-citação do réu, julga procedente o pedido do autor. Cogite, ainda, de acórdão que julgou recurso interposto contra sentença proferida em processo em que não foi citado litisconsorte neces;;ário unitário. Parece que a competência para fun1ra querela nullitatis, em ambos os casos, é do tribunal que proferiu a decisão que se pretende desconstituir, por uma questão de respeito à organização hierarquizada da função jurisdicional. Poderir objetar-se essa conclusão com a regra do arts. 475-L, l, e 741 , 1, do CPC, que prevê a competência da querela nullitatis para o juízo da sentença. Essa regra, porém, somente cuida dos casos em que houve sentença de procedência contra réu niio-citado e, portanto, também não houve apelação. A competência do tribunal, nesses casos, é implícita: se é dele a competência para rescindir os próprios julgados, também será dele a competência para invalidá-los, não sendo razoável atribuir a um juizo de primeira instância a competência para desconstituir julgado de um tribunal.

H á uma última observação a ser feita.

Mesmo nos casos de aus· ncia de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória, há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 2 1 4 do CPC). Para Pontes de Miranda, inclusive, se o réu, citado/

intimado regulannente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício, pela preclusão20. A impugnação à execução de sentença é uma espécie de defesa2 1 • Tanto mais se justifica e é atual, portanto, a lição de Pontes de Miranda: o oferecimento da impugnação, sem a alegação do vício transrescisório (art. 475-L, 1), implica preclusão.

20. "Nos casos do arl. 741, 1, a não-aiguição, tendo comparecido o executado, supre". (MI RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Come111ár os ao Código de Proces.w Civil. 2 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t.

1 1 , p. 77).

2 1 . Assim, também, CÂMARA, Ale�andre. A nova execuçcio de se111ença. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 125; SANTOS, Emane Fidéli'. As reformas de 2005 do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 60; BUE O, Cássio s�arpinella. A nova e1opa da reforma do Código de Processo

Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 1 lh- 1 17.

498



CAPÍTULO XI

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1. Consideração inlrodu1ória - 2. Distinção entre a reclamação e a correiçào parcial - 3. Nalureza jurídica - 4. Consequências da definição da

natureza jurídica da reclamação constitucional - 5. O posicionamento do STF firmado no julgamento da ADI 2.212- 1 . A possibilidade de reclamação perante tribunais de justiça. A reclamação como exercício do direito de petição. Crhica - 6. A reclamação como demanda lípica (fundamentação vinculada) - 7. A reclamação contra ato que desrespeitou enunciado da súmula vinculante do STF (Lei Federal n. 1 1 .41 7/2006) - 8. Reclamação contra decisão de Juizados Especiais Cíveis Estaduais que contraria entendimento do STJ -9. Reclamação e decisão transitada em julgado - 1 1 . Procedimen10 - 12. Custas e honorários advoca1ícios na reclamação.

1 . CONSI DERAÇÃO l NTRODUTÓRIA

A reclamação constitucional é uma ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais. De acordo com o art. 102, I, /, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Na dicção do art. 1 05, l,f, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, erigi na riamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões.

Há previsão de reclamação no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (arts. 1 90-194) e no Regimento 1 nterno do Tribunal Superior Eleitoral (art. 1 5, c/c art. 94). A Lei Federal n. 8.457/1 992 (art. 6º, 1 , "f'), c/c os arts. 584-586 do Código de Processo Penal Militar e o Regimento Interno do STM (art.

105-107), autorizam a reclamaçãc1.

O Plenário do STF, ao dar provimento ao RE 405.03 l , entendeu ser inconstitucional a reclamação prevista no Regimento Interno do TST. Segundo entendeu o STF, seria inconstitucional criar ou prever a reclamação constilucional em regimento interno. Não havendo previsão constitucional, nem existindo lei (no sentido formal e material) prevendo a reclamação para o TST, é, segundo enlendeu o STF em tal precedente, inconstitucional a reclamação para o TST, eis que prevista apenas em seu regimento interno.

1 . DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamaçcio co11s1i111ciona/ 110

direi10 brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 271-30 1 , amplamente; GÓES, Giscle. "Reclamação constitucional". Ações consti111cio11ais. Frcdie Didier Jr. (coarei.) Salvador: Edições JusPODJVM, 2006, p. 5 1 3 .



Tal precedente, como restará evidente ao longo do presente capítulo, contraria a jurisprudência do próprio STl ·. Realmente, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, entendeu - e já reafirmou - que a reclamação constitucional não seria urna ação, mas mera nanifestação do direito de petição. Sendo a reclamação mera manifestação do direito de petição, não haveria necessidade de previsão legal, pois o direito de petição é auto-executável, exercido diretamente, sem necessidade de regulamentação. Embora o STF entenda que se trata de mera manifestação do direito de petição, entende, contraditoriamente, ser necessária a previsão legal para que seja adotada a reclamação em outros tribunais que não sejam o próprio STF e o STJ. Ora, se entende que é di ·eito de petição, deveria, consequentemente, entender desnecessária a regulamentação ou a previsão legal.

Se, diversamente, for adotado o entendimento deste Curso, segundo o qual a reclamação constitucional ostenta a natureza de ação, aí sim estaria correta a conclusão de ser inconstitucional a recl miação para o TST, eis que não prevista em qualquer norma jurídica, não podendo o regimento interno criar ações ou procedimentos novos não previstos em lei.

De todo modo, o STF, mesmo adotando o entendimento de que se trata de simples manifestação do direito de petição, concluiu não ser possível a reclamação constitucional para o TST, decretando a inconstitucionalidade das disposições regimentais que a prevêem.

Adota-se, assim, o posicionamento de que a reclamação tem natureza jurídica de ação. É exemplo de ação aJtônoma de impugnação de ato judicial.

Mas a questão não é pacífica.

2. DISTINÇÃO ENTRE A RECLAMAÇÃO E A CORREIÇÃO PARCIAL

A reclamação constitucional não se confunde com a reclamação correicional ou correição parcial. Esta co stitui medida administrativa tendente a apurar uma atividade tumultuária do juiz. não passível de recurso. Ao que tudo indica, sua

utilização era mais frequente sob os auspícios do Código de Processo Civil de 1 939. É que, na sistemática do Código de Processo Civil de 1 939, havia decisões interlocutórias i rrecorríveis, sendo, em razão disso, utilizada, como meio de impugnação, a correição parcial ou a reclamação correicional. De fato, naquela época, o agravo de instrumento era o recLtrso cabível contra as decisões interlocutórias expressamente indicadas, significando dizer que não era qualquer decisão interlocutória que poderia ser alvo de um agravo de instrumento, mas apenas aquelas expressamente discriminadas no a1i. 842 do CPC/39 ou em dispositivo de lei extravagante2.

2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Os agmvos no CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, n. 1.3., p.

62-65.

soo

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o advento do Código de Processo Civi 1 de 1 973, o agravo de instrumento passou a ser cabível contra qualquer decisão interlocutória. Diante disso, restou esvaziada a reclamação correicional ou a correição parcial, não devendo ser utilizada como meio de impugnação de decisões judiciais, por haver recurso com tal finalidade. E isso porque um mecanismo administrativo, em razão do princípio da separação dos poderes, não deve conter aptidão para atacar um ato judicial.

Trata-se, enfim, de "medida administrativa de caráter disciplinar, à qual não se pode permitir o condão de produzir, cassar ou alterar decisões jurisdicionais no seio do processo"3•

Já a reclamação constitucional ostenta feição jurisdicional.

3. NATUREZA J U RÍ DICA

Como foi dito, a reclamação tem natmeza de ação constitucional4•

Em primeiro lugar, porque depende de provocação de uma das partes ou do Ministério Público. É o que estabelecem o art. 1 56 do Regimento Interno do STF, o art. 1 87 do Regimento Interno do STJ e o art. 1 3 da Lei Federal n. 8.038/1 990.

Essa, como se sabe, é uma das distinções entre a atividade administrativa e a jurisdicional: enquanto a primeira pode ser realizada de oficio, a segunda depende de provocação.

Demais disso, a reclamação constitucional provoca, não a anulação ou reforma da decisão exorbitante, mas sua cassação (sem necessidade de o órgão inferior proferir outra) ou a avocação dos autos, para a observância da competência do tribunal. Ora, "cassar uma decisão é típica atividade jurisdicional, sendo absurdo pensar em medidas puramente administrativas capazes de baniJ a eficácia de atos de exercício da j urisdição".5

A isso tudo acresce que a propositura de reclamação constitucional exige capacidade postulatória, ou seja, representação técnica da parte por advogado devidamente constituído nos autos; a decisão proferida na reclamação produz coisa julgada; de sua decisão cabe a interposição de recursos, a exemplo do agravo interno e dos embargos de declaração; sendo possível haver em reclamação 3.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. "Correição parcial ação é recurso (portanto, não deve ser usada como tal)". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 836.

4.

Dentre outros adiante citados, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 5, p. 287; GÓES, Gisele. "Reclamação constitucional", cit., p. 508.

5.

DI AMARCO, Cândido Rangel. "A reclamação no processo civil brasileiro". Nova era do processo civil.

São Paulo: Malheiros Ed., 2003, n. 1 00, p. 199.



u

R

constitucional a concessão de provimentos cautelares. Todas essas particularidades não estão presentes em procedimentos administrativos, razão

pela qual a reclamação é, realmente, uma medidajurisdiciona16.

Estabelecido que a reclamação consiste numa medida judicial, cumpre verificar se seu ajuizamento provoca o exercício da jurisdição contenciosa ou voluntária.

Independentemente da aci1rnda discussão doutrinária quanto à presença, na jurisdição voluntária, de características como a substitutividade e submissão à coisa julgada (normalmente não relacionadas à jurisdição voluntária, não obstante as divergências - conferir o v. 1 deste curso), e de tratar-se de atividade judicial ou administrativa, o ce1to é q e a jurisdição voluntária assim se caracteriza por compreender atos autoriza ti vos, homologatórios ou constitutivos de direitos. Em outras palavras, existem atos jurídicos que somente podem ser praticados por particulares, sob a supervisão, fiscalização, chancela ou autorização do Poder Judiciário. Daí ser necessária uma autorização, uma homologação ou uma atividade constitutiva. Essa é, em suma, a característica da jurisdição voluntária, que se destina à "administração d interesses particulares", como se diz largamente no âmbito doutrinário.

Não é isso que ocorre com a reclamação constit11cional, pois ela não se destina à "administração de interesses particulares", não constituindo meio necessátio para a realização de atos jurídicos, nem servindo para sua autorização, homologação ou constituição. À evidência, a reclamação constitucional provoca o exercício de uma jurisdição contenciosa, não se enquadrando como atividade de jurisdição voluntária.

Sendo atividade de jurisdição contenciosa, cumpre investigar se a reclamação é recurso, incidente processual ou ação.

A reclamação constituciori.al não detém a natureza de recurso. É que, para que dado mecanismo seja enquadrado na moldura de recurso, é preciso que esteja previsto em lei como tal. ealmente, de acordo com a regra da taxatividade, somente são recursos aqueles que integram um rol taxativo previsto em lei. Daí por que somente são recursos aqueles capitulados no art. 496 do CPC ou assim previstos em dispositivo de lei federal.

Ora, segundo entendimento majoritá1io7, o recurso é a renovação do exercício do direito de ação em uma fase seguinte do procedimento. Sendo assim, o recurso 6.

DANTAS. Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação co11stit11cio11al 110 direi/o

brasileiro, cit., p. 439.

7.

Ver, a respeito: JORGE, Flávio Chlim. Teoria geral dos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.

3-9.

(como, de resto, seus requisitos) constitui matéria processual. A criação de um recurso e de seus requisitos constitui matéria processual, e não procedimental.

Daí a competência privativa da União para legislar sobre processo e, consequentemente, sobre recurso (CF/88, art. 22, 1)8.

A reclamação constitucional não está prevista em qualquer dispositivo de lei

federal como recurso, razão pela qual não deve ser qualificada como tal. Aliás, a reclamação está prevista no inciso 1 dos arts. 1 02 e 1 05 da Constituição Federal, estando, portanto, confinada nas hipóteses de competência originária do STF e do STJ, o que reforça a ideia de que não detém natureza recursal9. Ademais, o recurso, para ser interposto, depende da existência de sucumbência, gravame ou prejuízo imposto ao recorrente. Já a reclamação não depende da derrota, resultando, bem ao revés, da vitória, tendo o recorrente interesse em que a decisão que lhe fora favorável seja efetivamente cumprida ou, independentemente de deJTota ou vitória, seja preservada a competência do tribunal 10• Enquanto o recurso tem prazo, a reclamação não se sujeita a qualquer prazo preclusivo1 1 •

Tudo isso denota não ser a reclamação constitucional u m recurso.

A reclamação constitucional também não se identifica como um incidente processual. Muito embora não haja uma noção precisa e bem delimitada do que seja incidente processual12, é possível estabelecer os seus pressupostos, quais sejam, a) uma situação nova; b) que cai sobre algo que preexiste13. O incidente somente existe, se houver, antes, um processo judicial em curso. Surgindo um incidente processual, altera-se o curso do procedimento, podendo haver seu encerramento prematuro, com a extinção do processo, ou um retardamento, com um desvio de rota: o procedimento se suspende ou se altera em razão do incidente. A reclama

ção constitucional não preenche tais pressupostos, não se enquadrando, portanto, 8.

Segundo ensina Arruda Alvim, grande parle das normas procedimentais - que poderiam ser editadas pelos Estados -já ex.istiam no próprio CPC e em leis esparsas, antes de haver a previsão da competência concorrente no art. 24 da aluai Constituição Federal. Então, restou bastante esvaziada a competência dos Estados para legislar sobre matéria procedimental, sobrando-lhes as normas respei tantes a cartas precatórias, a cartas de ordem ele. (Manual de direito processual civil. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1 , p. 1 39-140.) 9.

MORATO, Leonardo Lins. "A reclamação prevista na Constituição Federal". Aspectos polêmicos e a111ais dos recursos. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Ncry Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambicr (coords.). São Paulo: RT. 2000, p. 447.

1 O. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação co11sti111cional no direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 452-453.

1 1 . DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional 110 direito brasileiro. cit., p. 454.

12. Sobre a delimitação do conceito de incidente processual e da fixaçilo dos seus pressupostos, ver, por todos: RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspenscio de segurança: sustaçcio da eficácia dedecisciojudicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000, p. 1 7-70.

13. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Su�pensâo de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida co111ra o Poder Público. cil., p. 27.



como um incidente processual Para que haja o incidente, é preciso, como visto, que preexista um processo judicial. Pode haver reclamação constitucional sem que sequer haja processo anterior, mas simples inquérito policial, e ainda assim a competência do tribunal superior pode estar sendo usurpada, "por se tratar de inquérito que poderia redundar em denúncia contra pessoa que possuía foro privilegiado naquela corte, de modo que a própria atividade inquisitorial havia

de ser ali conduzida"14•

A decisão do tribunal superior pode estar sendo descumprida por autoridade administrativa, daí sendo cabível uma reclamação, sem que haja, portanto, um prévio processo judicial - p. ex.: desrespeito a "súmula vinculante", § 3° do ait.

1 03-A da CF/88. É que, nesse caso, o descumprimento não ocorre num processo judicial, mas no exercício de uma atividade administrativa. Não há que se falar, portanto, em incidente processual, eis que não há processo judicial em curso. Não bastasse isso, o ajuizamento da reclamação não altera o curso do procedimento, não constituindo um incidente processual.

A reclamação constitucion l consiste, a bem da verdade, numa ação, ajuizada originariamente no tribunal superior, com vistas a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados15. A reclamação contém, inclusive, os elementos da ação, a saber: partes, causa de pedir e pedido. Realmente, há o reclamante e o reclamado, contendo a formulação de um pedido e a demonstração de uma causa de pedir, consistente na invasão de competência ou na desobediência à decisão da corte.

4. CONSEQUÊNCIAS DA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como a reclamação constitucional é uma ação, somente pode ser disciplinada por lei federal, eis que a ação constitui matéria de processo, a cujo respeito é privativa a competência legislativa da União, a teor do que prescreve o art. 22, J, da Constituição Federal. A reclamação está disciplinada nos arts. 1 3- 1 8 da Lei Federal n. 8.038/1 990.

Além do mais, sendo a reclamação, como visto, uma ação que provoca o exercício da jurisdição conte11ciosa, a decisão nela proferida produz coisa julgada material. Em outras palavras, julgada uma reclamação, não poderá haver

a 14. DANTAS. Marcelo Navarro Ribeiro Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 459

I 5. DANTAS, Marcelo Navarro Ribein. Reclamaçcio constitucional no direito brasileiro, cit., p. 459-46 1 ; LEONEL, Ricardo ele Barros. Reclamar;cio co11stit11cio11al. São Paulo: RT, 20 1 1 , p. 1 7 1 - 1 79.

re-propositura de idêntica reclamação, mercê do óbice da coisa julgada. A decisão proferida na reclamação é alcançada pela coisa julgada, somente podendo ser revista mediante o ajuizamento de ação rescisória. Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLA

MAÇÃO: GARANTIA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO S.T.F. (ART. 1 02, 1, 'l', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ART. 1 56 DO R.l.S.T.F.). COISA JUL

GADA. 1 . Havendo sido julgada improcedente a Reclamação anterior, sem que os Reclamantes, no prazo legal, propusessem a Ação Rescisória, em tese cabível (art. 485, incisos Vl e IX, cio Código de Processo Civil) e na qual, ademais, nem se presciJ1diria de produção das provas neles exigidas e aqui não apresentadas, não podem pretender, com alegações dessa ordem, pleitear novo julgamento da mesma Reclamação, em face do obstáculo da coisa julgada. 2. Agravo Regimental improvido pelo Plenário do S.T.F. Decisão unânime".16

Por ser ação, a reclamação constitucional segue a mesma regra das demais ações: exige, para sua propositura, que haja capacidade postulatória, de sorte que o reclamante deve fazer-se representar por advogado legalmente constituído.

Daí a importância de se fixar a natureza jurídica da reclamação constitucional.

Parece, realmente, que a Lei nº 8.038/ 1 990, ao disciplinar a reclamação constitucional, levou em conta sua natureza de ação que provoca o exercício da jurisdição conteociosa, eis que, em seu art. 1 5 , prevê o contraditório, sendo certa, ainda, a existência de uma pretensão a ser acolhida ou rejeitada pelo tribunal 17•

Sendo a reclamação constitucional uma ação, somente pode ser tratada, além das disposições constitucionais já existentes, por lei federal, exigindo-se, para sua propositura, a capacidade postulalória. Ademais, a decisão nela proferida produz coisa julgada material.

5. O POSICIONAM ENTO DO STFFI RMADO NO JULGAMENTO DA ADI

2.2 1 2-1 . A POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO PERANTE TRIBUNAIS

DE JUSTIÇA. A RECLAMAÇÃO COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE

PETIÇÃO - C RÍTICA

O Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se sobre o tema, chegando, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.2 1 2- 1 /CE, a definir qual a natureza jurídica da reclamação.

16. Acórdão unânime cio Pleno do STF, Rei 532 AgR/RJ, rei. Mi11. Syclney Sanches, j. 0 1 /0811 996, DJ de 20/09/1 996, p. 34.54 1 .

1 7. MORATO, Leonardo Lins. "A rcclamaçílo prevista na Constituição Federal". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. Eduardo Pellcgrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruela Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2000, p. 446.



e

ir

t

recursos

tem

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Cumpre, a propósito, reportar-se à situação que rendeu ensejo ao aj uizamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade. A Constituição do Estado do Ceará, em seu art. 1 08, VII, i, confere ao respectivo Tribunal de Justiça competência para processar e julgar, originariamente, a "reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões".

Tal norma é secundada pelo art. 2 1 , V l , j, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça cearense, que atribui ao Plenário do Tribunal a competência para processar e julgar dita reclamação. O Governador do Estado ajuizou, então, a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade contra os referidos dispositivos, ao argumento segundo o qual a Constituição Federal teria reservado a reclama

ção ao Supremo Tribunal Fed ral e ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos arts. l 02, 1, l e 1 05, I ,f Além do mais, ao estabelecer competência para os Tribunais Regionais Federais, o art. 1 08 da Constituição Federal não previu a reclamação, não sendo possível que os Tribunais estaduais assim o fizessem, sob pena de desbordar dos limites do art. 1 25 da Constituição da República. E, finalmente, a previsão de reclamação constitui matéria de processo, cabendo à União legislar, privativamente, sobre o assunto, de forma que também estaria violado o art. 22, I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, não obstante tenha concedido a medida liminar, julgou, ao final, improcedente o pedido formulado na mencionada Açã.o Direta de Inconstitucionalidade nº 2.2 1 2- 1 /CE, em acórdão que ostenta a seguinte ementa:

"AÇÃO DIRETA DE INCO STITUCIO ALIDADE. ARTIGO 1 08, lNCISO

VII, AL ÍNEA l DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 2 1 , lN

CISO VI, LETRA 'J' DO REGIM ENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL.

PREVISÃO, NO ÂMBITO E TA DUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO.

INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL. SITUADO

NO ÃM BITO DO D I REITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO

XXX IV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE

OFE SA AO ART. 22, 1 CISO 1 DA CARTA.

l . A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXX 1 V da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica cm invasão da competência privativa da Jnião para legislar sobre direito processual (art. 22, 1 da CF).

2. A reclamação constitui instmmento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos

previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já a parte uma decisão defi11itiva. Visa, também, à

preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.



3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade irnprocedente". '8

A Corte Constitucional, valendo-se de lições de Ada Pellegrini Grinover, considerou a reclamação constitucional como manifestação do direito

constitucional de petição previsto no art. 5°, XX.XIV, "a", da Constituição Federal, em razão do qual o cidadão se dirige ao Poder Público, com vistas a obter a defesa de direito ou objetivando combater ilegalidade ou abuso de poder. E, como a petição pode assumir a feição de queixa, de reclamação ou de denúncia, seria curial que a reclamação estivesse inserida no âmbito do direito constitucional de petição.

Ainda segundo o entendimento firmado pelo STF, sendo a reclamação a manifestação de um simples direito de petição, aos Estados se franqueia a possibilidade de estabelecer, em suas Constituições, a reclamação para seus respectivos tribunais, podendo cada regimento interno fixar o procedimento e competência do órgão fracionário destinado ao seu julgamento. Com efeito, sendo a reclamação mero direito de petição, e de acordo com o princ ipio da simetria, permite-se que as Constituições Estaduais prevejam a reclamação destinada a preservar a competência dos tribunais de justiça e a garantir a autoridade de seus julgados.

O problema é que tal possibilidade resta afastada dos Tribunais Regionais Federais, pois estão inseridos no âmbito da Justiça Federal, não estando compreendidos na estrutura de um Estado-membro, nem se subordinando a uma Constituição Estadual que, dada a simetria com a Federal, poderia outorgar-lhe a competência para processar e julgar uma reclamação. É sabido que a competência cios Tribunais Regionais Federais está definida no art. l 08 da Constituição Federal, ali não havendo qualquer previsão para a reclamação destinada a preservação de competência ou garantia da autoridade ele suas decisões.

Com o devido respeito ao entendimento adotado pela Corte Suprema, não parece que a reclamação deva ser enquadrada como manifestação do direito de petição. É que o direito de petição pode ser exercido tanto no âmbito administrativo como na seara judicial. E a reclamação, como se viu, constitui medida judicial, não ostentando feição administrativa. Além do mais, se realmente a reclamação consistisse numa manifestação do direito de petição, não haveria razão para exigir-se a capacidade postulatória, quando de sua propositura, sendo igualmente 1 8 . Acórdão não unânime do Pleno do STF, AD ln 2.2 1 2- 1 /CE, rei. Min. Ellen Gracie, j. 02/1 0/2003, DJ de 14/ 1 112003.

e

o

incompatível com sua natureza de mero direito de petição entender que sua decisão produz coisa julgada material. Parece, sem embargo do entendimento filmado pelo STF, que a reclamação é, efetivamente, uma ação, e não a manifestação de mero direito de petição.

De qualquer sorte, segundo o entendimento firmado pelo STF, a reclamação constitucional não é ação, nem incidente processual, revestindo-se da natureza de simples direito de petição previsto no art. 5º, XXXJ V, a, da Constituição Federal. Por consequência, se houver previsão na Constituição Estadual, admite-se reclamação perante Tribunal d Justiça, aplicando-se por analogia a Lei Federal n.

8.038/1 990. No entender do STF, não se viabiliza a reclamação para os Tribunais Regionais Federais.

Como corolário da orientacão ministrada pelo STF, não se pode exigir custas para o ajuizamento da reclamação, porquanto, consistindo numa manifestação do direito de petição, seu exercício está garantido independentemente do pagamento de taxas (CF/88, art. 5°, XXX J V, "a").

Para que se mantenha coe1ência com o entendimento firmado pelo STF, se a reclamação constitui. simples direito de petição, não será preciso obedecer-se a uma forma rígida de procedimento, caracterizando-se pela informalidade, com a simples indicação de quem seja o peticionário e com a narrativa sumária do ocorrido, devendo o tribunal responder desde logo, sem necessidade de se instaurar um contraditório ou de se col.1er informações ou, até mesmo, de encaminhar o pedido ou os autos ao Ministé io Público.

O direito de petição provoca o exercício de uma atividade administrativa, que poderia ser exercida de ofício não se submetendo à coisa julgada. Logo, diante da orientação ministrada pelo STF, é lícito concluir que:

a) Sendo uma manifestação do simples direito de petição, a reclamação para a preservação de competência e garantia da autoridade das decisões pode ser intentada perante qualquer órgão do Poder Público, sendo cabível junto aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça, ou, até mesmo, perante os juízos de primeira instância, embora não seja essa a orientação do próprio STF, como visto; b) Não se pode exigir pagamento de custas para o ajuizamento de reclamação, justamente por tal medida se revelar como manifestação do direito de petição (CF/88, art. 5°, XXXIV, "a");

c) Não há formalidade n procedimento da reclamação, eis que se trata de mero exercício do direito de petição;

d) A decisão proferida na reclamação não se sujeita à coisa julgada, exatamente

por ser decorrência de um simples direito de petição;

508



e) Não se deve exigir capacidade postulatória para ajuizamento da reclamação, pois se trata de mero direito de petição.

Se é certo que uma interpretação analógica poderia autorizar a reclamação

perante tribunais de justiça, até como mecanismo para dar efetividade ao processo, não havia necessidade de tomar como premissa a natureza de simples petição para a reclamação; mesmo sendo ação, àquela conclusão poderia chegar-se com certa facilidade. As demais conclusões não parecem corretas, exatamente porque não se deve enquadrar a reclamação como simples direito de petição. Considerando, porém, que assim foi definida a reclamação constitucional pelo STF, dessa sua natureza jurídica extraem-se tais conclusões.

O equívoco do entendimento do STF é reforçado com as contradições encontradas. O STF, conquanto tenha definido que a reclamação constitui mero exercício do direito de petição, estabeleceu que somente os Estados-membros podem prever, em suas respectivas Constituições Estaduais, a reclamação para a preservação de competência e garantia da autoridade das decisões de seus tribunais de justiça, cujos regimentos internos podem estabelecer regras de processamento e julgamento da reclamação; os Tribunais Regionais Federais não podem, segundo o STF, processar e julgar reclamação constitucional, muito embora constitua exercício do direito de petição.

O STF terá, a partir de então, de rever sua jurisprudência para concluir não haver coisa julgada material que se forme a partir do julgamento da reclamação, deixando-se de exigir a capacidade postulatória para seu ajuizamento e passando a ser informal quanto aos requisitos para a sua propositura, dispensando, inclusive, a necessidade de preparo ou de pagamento de custas ou taxas. Tais consequências, como bem se percebe, não se coadunam com a sistemática da reclamação, razão pela qual se afigura equivocado, com o devido respeito, o entendimento firmado pelo STF, segundo o qual a reclamação consistiria num exercício do direito de petição. Trata-se, a bem da verdade, de uma ação, somente podendo ser disciplinada, a par das regras constitucionais, por lei federal.

6. A RECLAMAÇÃO PERANTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Consoante restou acentuado no item anterior, o STF entende que a reclama

ção constitucional pode ser intentada perante os tribunais de justiça, desde que haja previsão na respectiva Constituição Estadual e, ainda, no regimento interno do tribunal. A adoção da reclamação constitucional no âmbito dos tribunais de justiça, segundo entendimento firmado pelo STF, decotTe do princípio da simetria e, bem ainda, do princípio da efetividade das decisões judiciais. O

mesmo STF, ainda, entendeu que a simples previsão de reclamação em Regimento Interno do 509



suficiente

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

TST é insuficiente para autorizar o seu processamento - sem previsão legal não pode haver reclamação.

A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento no princípio dos poderes implícitos: os tribunais têm poderes implícitos, a exemplo do poder geral de cautela. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exe1 cer esse poder implícito, concebeu-se a reclamação constitucional. Em vi1tude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais.

Acontece, porém, que o ST F entende que a reclamação constitucional pode ser intentada perante os h·ibunais de justiça, somente se houver previsão na Constitui

ção Estadual e, igualmente, no regime interno do respectivo tribunal, em razão do princípio da simetria. O princípio da simetria, como se sabe, impõe a reprodução de algumas regras de competências federais para o âmbito estadual. Assim, se o STF, que é o órgão de cúpula, tem competência para processar e julgar reclamação constitucional, o tribunal de justiça, que, simetricamente, é o órgão de cúpula do Estado-membro, teria competência para processar e julgar a reclamação, com vistas a exercer seus poderes implícitos de fazer valer suas decisões e impor respeito às suas atribuições institucionais. O princípio da simet1ia relaciona-se, como se observa, com o federalismo. O órgão de cúpula

de cada Estado-membro deve ser correspondente, de maneira simétrica, ao órgão de cúpula da União, não sendo diferente com os órgãos do Poder Judiciário. O STF firmou esse seu entendimento no âmbito do controle concen ·ado de constitucionalidade, tratando-se, portanto, de orientação vinculante. Cumpre reiterar que, ao firmar esse entendimento, o STF valeu-se de vários argumentos: a) a reclamação situa-se no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5°, XXXTV, da Constituição Federal, consagrando-se, então, como um direito de qualquer legitimado perante qualquer tribunal; b) o instituto da reclamação está cm consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais, constituindo um importante instrumento ele defesa das garantias constitucionais cio processo; c) o fundamento da reclamação constitucional decorre do pr ncípio dos poderes implícitos; d) no âmbito dos Estados-membros, é possível caber reclamação constitucional em razão do princípio da simetria, desde que prevista na Constituição Estadual e, igualmente, no regimento interno do respectivo tribunal.

Não há lei que preveja rec lamação perante o Tribunal Regional Federal. Essa circunstância por si já seria

para que, na linha da j urisprudência do

STF, não se admitisse reclamação perante esse tribunal. Além disso, os h·ibunais

regionais federais não são, como é evidente, órgãos de cúpula dos Estados-membro.

Eles compõem a organização da Justiça Federal, sendo seus órgãos de segunda instância. Assim, mais um dos fundamentos que compõe a ratio decidendi da orientação firmada pelo STF não se encaixa na realidade dos tribunais regionais federais. Se a reclamação é cabível no âmbito do tribunal de justiça em virtude do princípio da simetria, tal fundamento não se revela adequado relativamente

aos tribunais regionais federais. Por tal motivo, também não seria cabível a reclamação no âmbito do TRF19•

Mas o desenvolvimento histórico da reclamação prescindiu da existência de lei; a ação surgiu a partir da aplicação da teoria dos poderes implícitos do tribunal, corno o próprio STF reconhece. A Lei n. 8.038/1 990, que regulamenta a reclamação perante o STF e o STJ, e que serve como parâmetro para a reclamação perante o TJ, é posterior à consolidação do instituto na jurisprudência do STF. Atualmente, seria possível, por idênticas razões, construir a reclamação perante o TRF pela interpretação do direito positivo brasileiro, agora com mais facilidade, tendo em vista a ampla consagração da reclamação tanto na jurisprudência quanto na legislação. A reforçar essa linha de argumentaçã.o, há ainda a circunstância esquisita, de difícil compreensão para o leigo, de admitir-se reclamação perante o TJ e não admitir-se reclamação perante o TRF.

19. PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PARA FIM DE PRESERVAÇÃO DAAUTOR.IDADE DE DE

CISÃO JUDICIAL. PROVIDÊNCIA NÃO INCLUÍDA NA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS

FEDERAIS QUE NÃO O STF E O STJ. REPRESSÃO DO DESCUM PRIMENTO DO DECISUM NA ÓRBlTA PENAL.

1 - Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado em decisões do seu Plenário, a reclamação para fim ele preservação ela autoridade das decisões judiciais, por ser matéria inserida na competência constitucional ela União para legislar sobre o processo, não pode ser criada apenas nos Regimentos cios Tribunais (Embargos na Representaçiio nº 1 .092/DF, in DJ ele 23.05.86, p. 8. 782, e AD ln nº 2.212-11

CE, in DJ ele 30.03.200 1 , p. 80).

2 - Havendo, no vigente direito positivo brasileiro, previsão do instituto da reclamação com essa finalidade tão-só na competência cio Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, 1, "!") e do Superior Tribunal ele Justiça (Lei nº 8.038. art. 13), não cabe processar esse tipo de procedimento no âmbito deste Tribunal Regional Federal ela I' Regi□o. tanto mais que o seu Regimento Interno silencia sobre a matéria.

3 - O STF, entretanto, no julgamento da AD ln nº 2.2 1 2- 1 /CE admitiu como legítima, em face da disposição constitucional que permite aos Estados organizarem suas Justiças (arl. 25 da CF/88), a possibilidade de adoção cio instituto da reclamação pelo Estado-membro, por via de legislação local.

4 - Sem embargo, a necessidade ele preservação da autoridade das decisões judiciais, corno corolário cio princípio ela efetividade da Justiça, autoriza, em caso de seu descumprimento, o oferecimento ele notitia cri111i11is para fim ele apuração de responsabilidade penal, perante o Ministério Público ou junto ao órgão judieíal competente para processar e julgar os responsáveis.

5 - Descabe, entretanto, i11 cas11, receber a reclamação como representação para os fins do art. 40 do Código de Processo Penal, eis que, a par de as autoridades a que é atribuído o foto não terem foro especial perante esta Corte, não se vislumbra, na sua conduta, o dolo específico reclamado pelo art. 3 19 cio Código Penal, porque decorrente do cumprimento de medida provisória já transformada em lei.

6 - Agravos Regimentais improvidos." (AGRRCL 2003.01 .00.009467-6/DF, Rei. Desembargador Federal Antõnio Ezequiel Da Silva. Corte Especial.DJ p.03 de O l /04/2004).

5 1 1

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Enfim, a jurisprudência do STF permite que se desenvolvam argumentos favoráveis e contrários à possibilidade atual de uso da reclamação perante o TRF.

Entendemos, porém, que a tese da "necessidade de previsão legal" tende a prevalecer na jurisprudência e, assim, enquanto não sobrevier lei que a regulamente, a reclamação perante tribunal regional federal não seria admitida.

7. A RECLAMAÇÃO COMO DEMANDA TÍPICA (FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA)

Exercício do direito de petição ou do direito de ação, a reclamação é uma demanda típica: somente pode ser utilizada em hipóteses previamente detenninadas pelo legislador.2º

São duas as hipóteses.

a) Reclamação para a preservação da competência.

Cabe reclamação contra ato que importe usurpação da competência do tribunal.

Alguns exemplos são úteis para revelar a extensão da medida.

i) Reclamação contra ato do Presidente do Tribunal que não remete ao STJ/

STF agravo de instrumento e ntra decisão que negou seguimento a recurso especial/extraordinário.

ii) Reclamação contra demora injustificada na apreciação de recurso especial/

extraordinário. Em tal hipótese, a omissão do Presidente ou Vice-Presidente em exercer o juízo de admissibilidade caracteriza, obliquamente, usurpação de competência do STF ou do STJ, q e, enquanto dura tal omissão, não pode exercer suas atribuições de bem apreciar o recurso ajuizado. Significa que, nessa situação, o tribunal local está usurpando competência do tribunal superior, pois se omite em apreciar a admissibilidade do recurso interposto pela parte interessada. Cabível, então, a reclamação por usurpação de competência.

Não se nega que o tribu al de origem tenha competência, por meio de seu Presidente ou Vice-Presidente, para exercer o juízo de admissibilidade de recursos extraordinários. O que há, eir tal exemplo, é a omissão no exercício desse juízo, omissão essa que está a violar regra de competência, na medida em que impede o envio dos autos ao tribunal superior, usurpando sua competência para análise 20. Neste sentido, aderindo ao posicior amento defendido no texto, LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constifucio11al. São Paulo: RT, 201 1, p. 249.

do recurso excepcional21• Em outras palavras, a demora excessiva ou injustificada na remessa do recurso para o tribunal superior pode caracterizar usurpação de competência, sendo cabível, portanto, a reclamação22.

iii) Reclamação contra a omissão do tribunal na remessa dos autos do processo, após ter sido reconhecida a sua suspeição. Admitida a parcialidade do tribunal, a

causa toma-se da competência do STF (art. 1 02, 1, "n", CF/88). Assim, a não remessa dos autos implica usurpação da competência do tribunal superior.

iv) Alguns tribunais, para burlar a regra de competência mencionada na hipótese "ii", convocam juízes de primeira instância para compor o quorum e evitar a remessa dos autos ao STF. Esse comportamento já foi considerado como usurpador da competência do STF23.

v) Reclamação contra ato do juiz de primeira instância, que suspende o processamento da execução, em razão da pendência de ação rescisória. Neste caso, somente o tribunal a quem compete julgar a ação rescisória poderia determinar a suspensão do procedimento executivo.

b) Reclamação para garantir a autoridade da decisão do tribunal.

Cabe reclamação contra ato que importe desrespeito/desobediência a uma decisão do tribunal. A reclamação é cabível quando haja ofensa à decisão específica do tribunal.

Não é cabível, entretanto, reclamação contra decisão do próprio tribunal. O tribunal não pode ser tido como desobediente dei.e mesmo. Segundo anotado em precedente do Supremo Tribunal Federal, "a reclamação não pode constituir via adequada a cassar decisão do próprio Tribunal. De outra parte, não é a reclamação instrumento que possa corresponder a pedido de reconsideração de decisum da Corte".24 Isso porque a reclamação não tem natureza recursa!, mas corregedora. É por esse motivo que o STF entende que "não cabe reclamação contra atos decisórios dos ministros ou das 2 1 . Nesse sentido: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2000, p. 482-483; e, também, em: Reclamação Constitucional.

Procedimento.1· Especiais Cíveis: legislaçrio extravagante. FARIAS, Cristiano Chaves de; DI DIER JR., Fredic (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368-369. No mesmo sentido: MORATO, Leonardo Lins.

Recla111ação e sua aplicação para o respeilo da súmula vinculante. São Paulo: RT, 2007, n. 9.5, p. 1 83-1 84; e, também, em: "A reclamação prevista na Constituição Federal". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. Coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim

Wambier.

São Paulo: RT, 2000, p. 444.

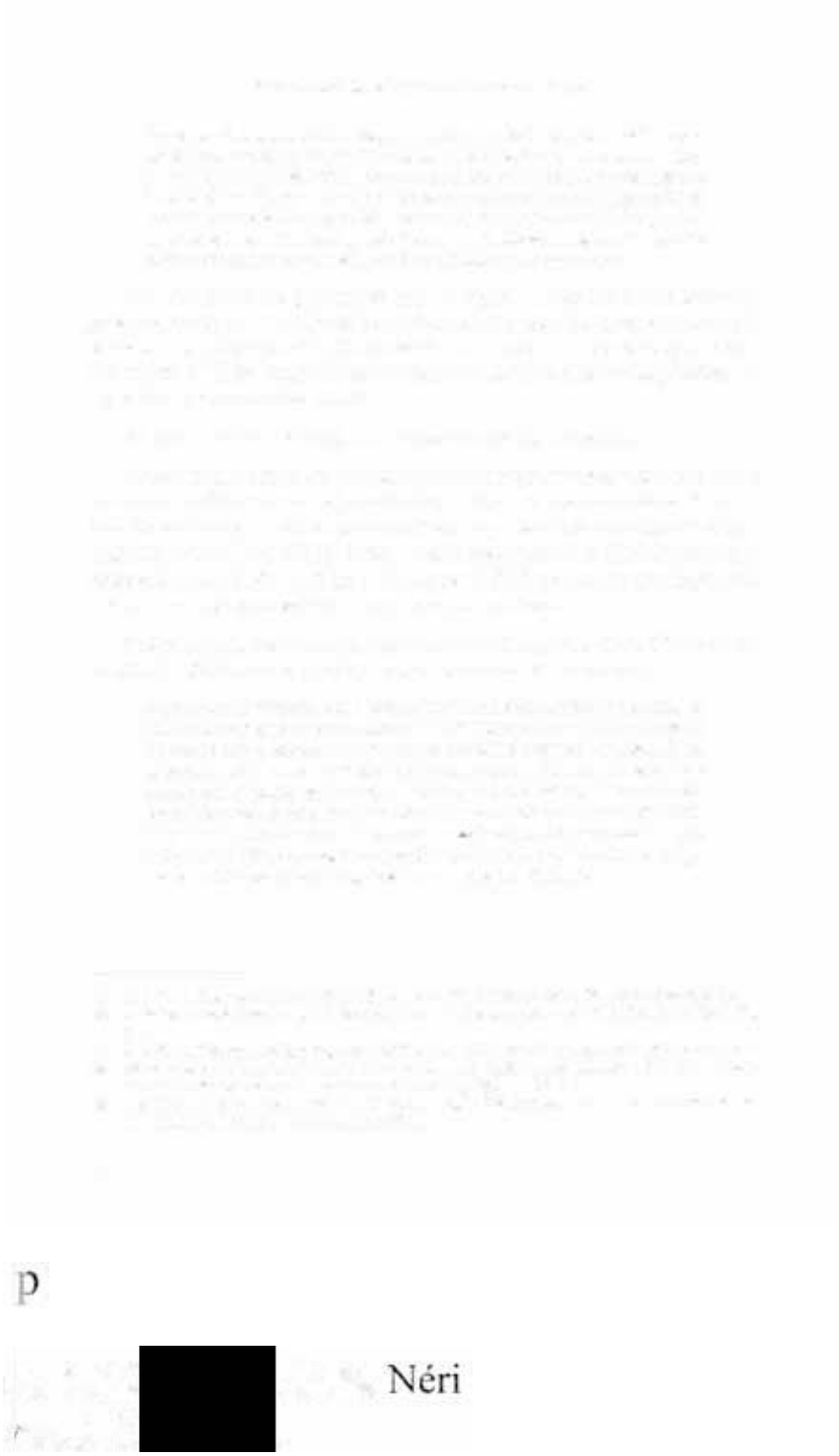
22. Assim já decidiu o STF, Pleno, RCLP-499, rei. Min. Luiz Gallotti, RTJ 27-01/1 50.

23. STF, RCL n. 1 .933-AM, rei. Min. Celso de Mel lo, 16.5.2002; RCI 1 .004/AM, rei. Min. Tlmar GaMo, j.

25. 1 1 . 1 999, DJ de 04.02.2000, p. 5; em sentido diverso, STF, AO 1 061MS, rei. Min. Néri da Silveira, j.

07. 1 0 . 1 993, DJ de 18.03.1 994, p. 5 . 1 49.

24. Acórdão do Pleno do STF, Rei 647, rei. Min. Néri da Silveira, j. 19/6/1997, DJ 10/8/200 1 , p. 4.



p

[redacted] Néri

Turmas que integram esta Corte Suprema, dado que tais decisões são juridicamente imputadas à autoria do próprio Tribunal em sua inteireza".25 Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende não ser cabível a

reclamação conlTa ato do próprio tribunal26, não a admitindo igualmente como sucedâneo de recurso, a fim de combater atos judiciais de que caiba recurso próprio previsto em lei.27 Cabe, enfim, a reclamação constitucional quando houver desobediência a alguma decisão do tribunal por parte de algum outro órgão jurisdicional ou administrativo.

Não se admite sua propositura para assegurar o respeito a entendimento jurisprudencial, ou seja, não cabe a reclamação em razão de mera contrariedade à orientação j urisprudencial do tribunal28 - ver, porém, as considerações feitas em relação à "objetivação do recurso extraordinário" e suas consequências, no capítulo a esse recurso destinado.

Alguns exemplos são úteis para revelar a extensão da medida.

i) Reclamação conh·a ato j udicial contrário a preceito consagrado na súmula vinculante do STF em matéria constitucional. Essa reclamação pode ser ajuizada também contra ato de autoridade administrativa que desobedeça a comando sumulado (art. 1 03-A, § 3°, CF/88). Sobre a reclamação contra ato administrativo que desrespeite enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional, ver item exclusivamente dedicado ao terna, mais à frente.

ii) Reclamação contra ato judicial que desobedeça a decisão do STF em ADI ou ADC, definitiva ou liminar29, e que possuem eficácia vinculante.

É o que ocorre, frequentemente, com o acórdão proferido na Ação Declaratória ele Constin1cionalidacle nº 4, em cujo julgamento o STF proclamou a constitucionalidade elas restrições e vedações à concessão ele n1tela antecipada contra a Fazenda Pública, contidas na Lei nº 9.494/1 997. Significa que a Fazenda Pública pode intentar uma reclamação constitucional erante o Supremo Tribunal Federal, caso tenha sido concedida a tutela antecipada em uma das hipóteses vedadas pela Lei nº 9 .494/1 997.

Na realidade, a decisão concessiva da tutela antecipada, nas hipóteses vedadas pela Lei nº 9.494/1997, entra em frontal testilha com a determinação do STF no julgamento da ADC nº 4, a qual vincula todos os órgãos jurisdicionais.

25. Acórdão cio Pleno cio STF, Rei 3.916 AgR, rei. Min. Carlos Britto, j. 12/6/2006, DJ 251812006, p. 16.

26. Acórdão da Cone Especial do STJ, Rei 509/SP, rei. Min. Fontes de Alencar,j.

3/611998, DJ de 29/6/1998, p. 1 .

27. Acórdão da 2' Seção do STJ. AgRg na Rei 2.975/RS, rei. Min. Massami Uyeda,j. 27/5/2009, DJe4/6/2009.

28. Nesse sentido: decisão cio Ministro Teori Albino Zavascki, do STJ, na Reclamação 1 .548-SC, publicada na Revista Dialética de Direito P1ocessual, nº 1 3 (abril-2004), pp. 187-188.

29. Rei (QO) n. 1 .507-RJ e Rei (QO) n. 1 .652-RJ, rei. Min.

da Silveira,j. 2 1 .9.2000. RCL 777-DF, 785-

RJ, 800-SP, rei. Min. Moreira Ah es, j. 1 0.4.2002.

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Resta saber o seguinte: nos casos em que a tutela de urgência em liminar de ADI é indeferida, os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administrnção Pública ficam vinculados à referida decisão? Seria cabível o manejo da reclamação constitucional para preservar a autoridade da decisão do Supremo? Parece que, em ambos os casos, a resposta é afinnativa, tendo em vista que, ao não conceder medida em ADI, o STF está ratificando, ainda que provisoriamente, a presunção de constitucionalidade do ato impugnado, mantendo com isso a sua eficácia plena, o que impede que haja manifestação em contrário por parte dos demais

órgãos jurisdicionais30.

iii) Reclamação contra ato judicial que determina a execução de u m julgado de maneira diversa daquela determinada pelo STF.

A partir desses exemplos, pode-se extrair uma conclusão, sendo necessário fazer uma distinção fundamental.

No j ulgamento da reclamação n. 7.358, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a capacidade processual do Ministéiio Público Estadual de propor, como autor, reclamação perante o STF. A tese vencida era a de que o MPE somente poderia ajuizar a reclamação no STF se o Procurador-Geral da República a ratificasse. O fundamento desse entendimento é o seguinte: somente o PGR teria capacidade para atuar no STF, de acordo com a CF/88. Prevaleceram, porém, as ponderações dos ministros Ayres Brito e Gil mar Mendes. O primeiro afim1ou que o Ministério Público é uma instituição gênero, compartimentada em duas espécies - o Ministério Público da União e o Ministério Público Estadual. Cada uma dessas espécies é dotada de autonomia administrativa e funcional. Segundo ele, seja qual for o agente que oficie neste ou naquele processo, o que se faz presente é o Ministério Público. O ministro Gilmar Mendes manifestou

-se pela capacidade do MPE para ajuizar esse tipo de ação no STF. Para o ministro, não há monopólio da representação por parte do procurador-geral, nem hierarquia com relação ao MP estadual. Seria um tipo de tutela cio MPE pelo órgão federal, o que representaria lesão ao modelo federativo, concluiu o ministro Gilmar Mendes.

O precedente é importantíssimo para que se redefinam as atribuições processuais do M P. Há várias questões ainda em aberto; essa decisão pode iluminar a discussão. Eis algumas: a) O PGR tem capacidade processual exclusiva para atuar no STF como custos legis. Essa decisão reforça essa tese. No caso, tratava-se de uma reclamaçãoa juizada pelo M PE contra decisão do TJ/SP, que contrariava enunciado de súmula vinculativa do STF. b) É preciso perceber que o M P pode exercer no processo diferentes funções: pode ser parte e pode ser fiscal da lei. Pode-se cogitar de um órgão do M P para o exercício de cada uma dessas funções. Nesta reclamação, o PGR atuaria como custos legis, podendo, inclusive, manifestar-se contrariamente à pretensão do MPE. Do mesmo modo, parece-me que o órgão do MPE, que é parte, tem o direito de 30. É o que vem entendendo o STF (cf., p. ex., RCL 2.381 AgR/MG, RCL 2.509 MC/BA, RCL

2.623/PR, RCL 2.652 MC/MG, RCL 2.669 MC/BA), embora haja recente julgado em sen1ido con1rário (RCL 28 1 O

AgR/MG, Jnfonnativo n.0 370).

5 1 5

u

e

fazer sustentação oral das suas razões. c) O precedente reforça a tese de que, no STJ, pode o órgão do MPE sustentar oralmente as suas razões, cabendo ao Subprocurador Geral da República (MPF) aniar como custos legis. d) O precedente também serve como argumento para quem defende a tese de que o MPE pode de mandar perante a Justiça Federal e o MPF, perante a JustiçaEstadual. Não haveria qualquer restrição constitucional neste sentido. O importante é verificar de quem a competência para julgar a causa e se o MP tem le!,ritimidade para discuti-la em juízo; não haveria, porém, qualquer relação entre MPE/Justiçn Estadual e MPF/Justiça Federal.

É preciso, com efeito, observar se a decisão cuja autoridade se pretende garantir foi proferida em processo subjetivo ou em processo objetivo.

Proferida, num processo s bjetivo, decisão em recurso especial ou em recurso extraordinário, caberá reclamação, respectivamente, para o STJ ou para o STF, se o juiz ou qualquer outra autoridade jurisdicional descumpri-la. A reclamação será inadmissível contra ato de autoridade administrativa que desrespeitar tal decisão31. I magine-se, por exemplo, que alguém impetra mandado de segurança contra determinada autoridade federal perante um juiz federal de primeira instância.

Denegada a segurança e confirmada tal denegação pelo respectivo TRF, suponha

-se que o STF conheça e dê provimento ao recurso extraordinário para conceder a segurança. Caso a autoridade federal recuse cumprimento à ordem, desrespeitando a decisão proferida pelo STF, não cabe reclamação. Caberá o ajuizamento de simples petição ao próprio juízo de primeira instância para impor o cumprimento da ordem. A este cabe executar a ordem ou impor seu cumprimento, exatamente por ser o juiz natural da execução. Se, todavia, nesse mesmo exemplo, for o juiz de primeira instância que recusar cttmprimento ao acórdão do STF, deixando de impor a ordem à autoridade administrativa, aí sim caberá a reclamação ao STF

por afronta à autoridade de s u julgado.

Nas palavras de Alexandr&#xfffd; Moreira Tavares dos Santos, "no STF e no STJ não

é função do órgão colegiado, mediante processo de reclamação, executar e fazer executar as decisões do tribunal que forem desrespeitadas por qualquer pai1e do processo, seja ela um particular ou uma autoridade administrativa"32.

De igual modo, se a decisão do STF ou do STJ, proferida em ação originária, não for cumprida por autoridade administrativa, não caberá reclamação, mas simples execução do julgado, mediante petição, nos próprios autos, em que se deve pedir seja detenninado o cumprimento do acórdão33. Nesse caso, revela-3 1 . SANTOS, Alexandre Moreira Tav ires dos. "Da reclamação". Revista dos Tribunais. São .Paulo: RT, 2003, n. 808, p. 1 3 1 - 134.

32. "Da reclamação", cit., p. 133.

33. Em sentido contrário, admitindo a reclamaçcio: "EMENTA: ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL, QUE, EM MANDADO DE SEGURANÇA, ANULOU O ATO DEMISSORIO D E SERVIDOR

E, SEM PREJUlZO DA !NSTAL RAÇÃO DE NOVO PROCESSO D lSCLPUNAR, DETERMINOU A 516

-se desnecessário instaurar-se outra demanda (a reclamação, no caso), quando a solução deve dar-se nos mesmos autos, em execução do julgado. Significa que, em hipótese assim, não há interesse de agir na reclamação constitucional, à mingua de necessidade da tutela jurisdicional perseguida, exatamente por ser suficiente a simples execução34.

A situação muda, quando a decisão desrespeitada tiver sido proferida em processo objetivo, em que se exerce o controle abstrato de constitucionalidade de

leis e atos normativos.

Julgada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade ou, ainda, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sua decisão produz efeitos vinculantes erga omnes.

A reclamação é cabível, se a decisão proferida num processo objetivo fo1111ado por uma dessas ações de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade não for atendida por órgão jurisdicional ou administrativo. Se algum órgão legislativo, desconsiderando o conteúdo da decisão, elabora lei ou norma com conteúdo que afronta a interpretação dada pelo STF, contra tal lei não cabe intentar uma reclamação ao STF, mas sim uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. O legislador é livre para, no exercício de sua atividade legiferante, editar norma que contrarie o entendimento do STF. O efeito vinculante das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (CF/88, a1i. 1 02, § 2º) não alcança os órgãos do Poder Legislativo35.

8. A RECLAMAÇÃO CONTRAATO QUE DESRESPEITOU ENUNCIADO

DA SÚM ULA VINCULANTE DO STF (LEI FEDERAL N . 1 1 . 4 1 7/2006)
A Lei Federal n. 1 1 .4 1 7/2006 regulamentou a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional.

REINTEGRAÇÃO DESTE. PROCESSO INSTAURADO SEM O RETORNO DO SERVIDOR AO SEU

CARGO. Caso configurador de desacato a decisão do STF, em sua parte final. Reclamação parcialmente deferida." (Acórdão do Pleno do STF, Rei 50 l /DF, rei. Min. limar Galvão,j. 20/9/1 995, DJ de 20/10/1 995, p. 35.254).

34. SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. "Da reclamação", cit., p. 133.

35. "EMENTA: TNCONSTJTUCJONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública.

Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela

eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida Jiminarn1ente.

Agravo regimenta] improvido. Inteligência do mt. l 02, § 2°, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº

9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão" (Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-AgR 2.617/MG, rei. Min. Cezar Peluso, j. 231212005, DJ de 20/5/2005, p. 7).

5 1 7

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

O legislador esclarece, inicialmente, que a utilização da reclamação, nessa hipótese, é sem prejuízo dos outros recmsos ou meios admissíveis de impugnação (art. 7º, Lei Federal n. 1 1 .4 1 7/2006). Há, assim, um cúmulo de meios de impugnação. Na verdade, considerando que não cabe reclamação contra decisão judicial trnnsitada em julgado (Súmula do STF, n. 734), parece indispensável, em algumas hipóteses, que, para se ajuizar reclamação, seja interposto o recurso cabível, com o que se impedirá a formação de coisa julgada.

Muito embora a regra refira-se a medidas concoITentes contra decisão judicial ou ato administrativo, o referido diploma legal destinou mais atenção à reclama

ção contra ato administrativo que contrariar o enunciado da súmula vinculante.

Como técnica para evitar o acúmulo de reclamações no STF, foi imposta uma restrição, em princ ipio razoável, ao manejo dessa reclamação contra omissão ou ato da administração pública: exige-se o esgotamento das vias administrativas (a1i. 7º, § l º, Lei Federal n. 1 1 .4 1 7/2006).

A limitação, embora em tese razoável, e, portanto, constitucional, pode, em concreto, rnosh·ar-se exagerada, quando, então, poderá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade, após a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O condicionamento do exercício do dixeito à jurisdição pode ser feito pelo legislador, mas não pode significar o aniquilamento deste direito. O exame do interesse de agir, relembre-se, exige a verificação das peculiaridades do caso concreto. Não se justifica constitucionalmente, à luz do direito fundamental à inafastabilidade (art. 5°, XX.XV, da CF/88), qualquer regra legal que condicione o exercício do direito de agir a um prévio esgotamento de instâncias extrajudiciais, a pretexto de demonstração do interesse de agir, sem exame das peculiaridades do caso concreto.

Não se pode, a priori, definir se há ou não interesse de agir. O legislador não tem esse poder de absh·ação. Utilidade e necessidade da tutela jurisdicional não podem ser examinadas em tese, independentemente das circunstâncias do caso concreto.

Não é sem razão, aliás, que o interesse de agir deve ser concreto e atual, devendo:

"dizer respeito a uma relação jurídica específica e individualizada, concernindo, ainda, a urna providência judicial determinada, tudo em decotTência do que constar da causa de pedir e do pedido insertos na petição inicial36.

Há ainda outro argtunento. A Constituição passada permitia que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário - art. 1 53, § 4°, da CF/1 96937. A CF/88

36. CUNHA, Leonardo José Carneiro Ja. lnreresse de agir na ação declaratória. Curitiba: Juruá, 2002, n. 3.2, p. 103.

37. Art. 153. § 42, da CF/69, com a redação da EC n. 7177: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exau-518



não repetiu a ressalva. A mudança na redação dos dispositivos afasta qualquer

interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias atuais. A única imposição constitucional de esgotamento de vias extrajudiciais ocorre nas questões desportivas (art. 2 1 7, § 1 º, CF/88). Não mais se admite a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado38.

Obviamente, não se quer dizer que sempre haverá interesse de agir na reclamação ajuizada sem o esgotamento da instância administrativa seria incorrer

-

no mesmo erro: definir a priori o interesse de agir, em razão do direito fundamental de acesso ao Judiciário. É possível que essa condição da ação não se apresente em certas postulações, feitas sem a prévia provocação extrajudicial da administração pública. Caberá ao demandante expor a razão pela qual não pôde esperar a decisão administrativa, demonstrando a utilidade e a necessidade da intervenção cio STF para corrigir o ato administrativo que contrariou o enunciado da súmula vinculante.

Interposto o recurso administrativo contra ato que contrariou o enunciado da súmula vinculante, "caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabil idade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso" (§ 3° do art. 56 da Lei Federal n. 9.784/1999, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 7/2006).

O órgão competente para o julgamento do recurso administrativo deve expl icitar as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso (ait.

64-A, Lei Federal n. 9.784/ 1 999, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 7/2006).

As regras são bem interessantes. É razoável entender, inclusive, que essas exigências dispensam as iriformações no procedimento da reclamação, providência prevista no art. 1 4 da Lei Federal n. 8.038/ 1 990, e que, no caso da reclamação contrn ato administrativo que desrespeitou enunciado da súmula vinculante, parece ter sido i mposta como conduta extrajudicial obrigatória à administração pública.

Finalmente, "acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em

violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de ram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 1 80 dias para a decisão sobre o pedido".

38. Sobre o assunto, DIDIER Jr., Fredie. Pres.l'upostos processuais e condições da açcio. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278-296.

responsabilização pessoal na esferas cível, administrativa e penal" (art. 64-B, Lei Federal n. 9.784/L 999, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .41 7/2006).

9. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO DE J UIZADOS ESPECIAIS CÍ

VEIS ESTADUAIS QUE CONTRARIA ENTEND f M ENTO DO STJ

Este Curso tem advertido, ao longo de todos os seus volumes, sobre a necessidade da criação de mecanismos processuais mais adequados à tutela individual dos direitos individuais homogêneos (que dão azo às chamadas causas repetitivas).

A par disso, pontuou-se a transformação do sistema jurídico brasileiro, que tem atribuído aos precedentes judiciais um valor cada vez maior.

Os fenômenos estão intimamente relacionados.

Devem as demandas repetitivas orientar-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, a fim de que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de egurança jurídica, com a indispensável garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

Nesse contexto, é relevante reportar-se a uma situação especifica: em determinado tipo de demanda, o STJ já havia uniformizado o entencLimento de que os consumidores de dado serviço de massa não tinham direito ao que vinham, repetidamente, postulando. A despeito da fixação desse entendimento pelo STJ, vários juízos de Juizados Especiais Cíveis Estaduais continuaram a acoU1er diversas pretensões, de idêntico teor, veiculadas em demandas repetitivas. O caso foi, então, submetido ao crivo do STF, que não admitiu o Recurso Extraordinário n. 5 7 1 .572-8/BA, porque a questão não era constitucional.Não conformada com o resultado do julgamento proferido pelo STF, a parte interessada opôs embargos de declaração, tendo a Suprema Co11e anunciado o cabimento da reclamação constih1cional para o STJ U. em 26.08.2009, publicado no DJe em 1 4.09.2009).

É sabido que não cabe recurso especial para o STJ de acórdão proferido no âmbito dos Juizados Especiais Cí eis, conforme já mencionado no capítulo sobre recurso especial. Em casos como e se ora retratado, cabe, no âmbito dos Juizados Federais, o pedido de uniformizaç-o da interpretação da lei federal.

Não há na Lei n. 9.0991 1 995, que cuida dos Juizados Especiais Estaduais, a possibilidade de ser intentado esse pedido de uniformização, nem cabe, como visto, recurso especial. É certo que a Lei n. 1 2. 1 53/2009, que criou os Juizados Estaduais da Fazenda Pública, previu esse pedido de uniformização de jurisprudência para 520

o STJ, como será examinado logo abaixo (arts. 1 8 e 1 9). Talvez o mais adequado fosse defender a existência de um microssistema dos Juizados Estaduais e, assim, defender a aplicação analógica, neste ponto, da Lei n. 1 2. 1 53/2009 às demandas dos Juizados Estaduais comuns. A questão, porém, ainda está indefinida. De todo modo, fin11ado entendimento no âmbito da j urisprudência do STJ, cabe aos órgãos dos Juizados Estaduais seguir a orientação ministrada por aquela Corte Superior, sobretudo quando se tratar de causas repetitivas, cujo regime jurídico exige um maior rigor no tocante à

aplicação do princípio da isonomia e da segurança jurídica, impondo tratamento uni forme para quem se encontre em situação similar.

Ao STJ compete uniformizar a jurisprudência nacional em matéria de legislação federal. Essa é uma de suas atribuições constitucionais. Se os órgãos dos Juizados Estaduais estão a deixar, sistematicamente, de seguir a orientação ministrada pelo STJ, cabe a reclamação constitucional, a fim de garantir a incolumidade da principal função daquela Corte Superior. E, pela teoria dos poderes implícitos, deve-se conferir ao STJ a atribuição de fazer impor sua autoridade de órgão jurisdicional destinado a uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucionaP9.

Foi exatamente isso que entendeu o STF, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 5 7 1 .572-8/BA. Em situações como essa, cabe ao STJ

acolher a reclamação, ajuizada com fundamento no art. 1 05, I , f, da Constituição Federal, afastando a divergência com sua jurisprudência. A reclamação, nesse caso, somente é cabível, por não haver outro mecanismo apto a corrigir o grave problema de descumprimento sistemático da orientação fumada pelo STJ. Se coubesse recurso especial, não seria caso de reclamação. Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, compete ao STJ eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Estaduais e seus precedentes que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas.

Não foi esse, contudo, o entendimento do STJ, ao julgar a Reclamação n.3.692/

RS, rei. Honildo Amaral de Mello Castro,j. em 1 4 . 1 0.2009, publicado no DJe em 03. 1 1 .2009, cujo acórdão ostenta a seguinte ementa:

"CIYlL. OBRIGAÇÕES. ESPÉCIES DE CONTRATOS. TURMA RECURSAL

DE .JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. RECLAMAÇÃO. CABIM ENTO.

1 . Pretende o reclamante a cassação do acórdão proferido pela Terceira Turma Recursai Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul ao 39. Somente se revela cabível a reclamação contra decisão de Juizado Especial Cível. Tratando-se de decisão de Juizado Federal ou de Juizado da Fazenda Pública, não cabe a reclamação, mas sim o incidente de uniformização de

jurisprndência. Nesse sentido: STJ, I ª S., AgRg na Rei n. 6.0 l 6fDF, rei. Min. Humberto Martins, j. cm 23. 1 1.20 1 1 , publicado no DJe de 29. 1 1 .201 1 .



argumento de que o referido ju gado contraria ajurisprndência do Superior Tribunal de Justiça, esgotadas todas as vias recursais, já apanhadas pela coisa julgada.

2. O entendimento adotado no Juizado Especial diverge da pacífica orientação desta Eg. Corte de Justiça ao reconh.:cer que o prazo prescricional é de cinco anos, como reconhecido em j ulgamento proferido pela Segunda Seção em 1 2.08.09, no Resp 1 .053.007/RS, pacificando o entendimento de que nas ações de cobrança objetivando a devolução de valores empregados na realização de obras de expansão de rede de energia elétrica em área rural, por sua natureza de obrigação contratual de empréstimo, ajustado em instrumento firmado pelas partes, em que o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos.

3. A Reclamação, portanto, h[illegible] de ser aferida quanto ao seu cabimento dentro dos estreitos liames dos seus pressupostos constitucionais.

4. Com efeito, o princípio constitucional do art. l 05, l, F, da CF não pode se alargado em sua estreita previsão, mesmo em razão da segurança j urídica como entendido, posto que sem previsão constitucional e ou legal.

5. Esta Eg. Corte permissa ' ênia, não tem igualmente competência para rever decisões dos Juizados Especiais Estaduais por ausência de norma legal, muito menos através de Reclamação quando inexiste qualquer processo decidido nesta

Corte, nenhuma decisão violada e, o que é mais grave, em processo apanhado pela coisa julgada.

6. Assim sendo, a pretensão do reclamante mostra-se totalmente incompatível com os objetivos tutelados pelo instituto processual-constitucional da Reclamação, tornando inviável o seu seguimento pela INEXISTÊ CIA DE AFRONTA À AUTORIDA

DE DAS DECISÕES DESTA CORTE SUPERIOR, NEM POR AFETAR A SUA

COMPETÊNCIA FIXADA CONSTITUClONALMENTE.

7. Negado seguimento à reclamação."

Logo em seguida, contudo,foi ajuizada a Reclamação n. 3.752/GO, que se baseou na orientação h·açada pelo STF e pela qual se perseguia providência jurisdicional que desfizesse decisão do Juizado Especial Estadual contrária a entendimento pacífico na juris mdência do STJ.

Ao apreciá-la, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, submeteu a questão à Corte Especial, a qual houve por bem editar a Resolução n. 1 2, de 1 4 de dezembro de 2009, que prevê, expressamente, a reclamação com tal objetivo, admitindo, até mesmo, a concessão de provimento liminar que ordene a suspensão de todos os casos similares em curso n âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Aliás, já com base na Resolução n. 1 2/2009, a Ministra Nancy Andrighi concedeu liminar, em decisão que ostenta a seguinte ementa:

"RECLAMAÇÃO. PEDID LIMINAR. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO

PROLATADO POR TURM A RECVRSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊN

CIA DO STJ. PERIGO DE DANO. SOBR.ESTAMENTO DOS PROCESSOS



RECLAMA(' ÃO CONSTITUCIONAL

VERSANDO SOBRE CONTROVÉRSIA SEMELHANTE À DOS AUTOS. - A

presente reclamação deriva de recente decisão, no âmbito dos EDc/ no RE

571.572-8/BA, Rei. Min. Ellen Gracie. DJ de 14. 09.2009. do Pleno do STF que consignou que 'enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal",

tendo, por conseguinte, determinado que, até a criação de órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ aos Juizados Especiais Estaduais, 'lógica do sistema judiciário nacional recomenda se dê à reclamação prevista no art. 1 05, 1, f, da CF, amplitude suficiente à solução deste impasse'.

- Constitui entendimento assente nesta Corte que, em caso de desistência do plano de consórcio, a restituiçcio das parcelas pagas pelo participantefar-se-á deforma corrigida, porém ncio de imediato. e sim em até trima dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo correspondente.

- Há de se levar em consideraçcio o risco potencial que o entendimento contido no acórdcio reclamado traz para o· contratos de consórcio em geral. pondo em perigo a pe1feita continuidade e até mesmo a sobrevida dessas poupanças coletivas. em detrimento não apenas das respectivas administradoras, mas sobretudo dos consorciados que permanecem no grupo. Visto sob esta ótica. o problema ganha proporções preocupantes, a justificar a concesscio da liminar pleiteada.

com vistas ao sobres/amento dos processos que versem sobre controvérsia semelhante à dos autos. Medida liminar deferida."

Nos termos do art. 1 º da Resolução n. 1 2/2009, a reclamação deve ser ajuizada no prazo de quinze dias, contado a partir da ciência da decisão impugnada. Ultrapassado esse prazo, não se admite o ajuizamento da reclamação, pois terá havido o trânsito em julgado. A propósito, vale conferir o item seguinte, que demonstra não ser cabível a reclamação contra decisão transitada em julgado.

A partir da aludida Resolução nº 1 2/2009, o STJ passou, enfim, a admitir a reclamação constitucional destinada a eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Estaduais e precedentes daquela Cotie Superior que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas.

Posteriom1ente, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser mais exigente quanto ao cabimento da reclamação contra decisões proferidas por J uizados Especiais Cíveis, somente a admitindo se houver divergência da decisão reclamada com precedentes proferidos em julgamento de recurso especial repetitivo, ou se houver divergência com enunciado da súmula de sua

jurisprudência. Confira-se, a propósito, o seguinte j ulgado:

"RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO/STJ Nº 1 2/2009. JUIZADOS ESPECIAIS.

REQUISITOS . .JURJSPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. DEFLNIÇÀO.

1 . Para que seja admissível o manejo da Reclamação disciplinada pela Res/STJ nº

1 2/2009 é necessário que se demonstre a contrariedade a j urisprudência consolidada desta Corte quanto a matéria, entendendo-se por j urisprudência consolidada: 523

(i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte.

2. Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais.

3. Para que seja admissível a reclamação é necessário também que a divergência

se dê quanto a regras de direito material, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei 9.099/95.

4. As hipóteses de teratologia deverão ser apreciadas em cada situação concreta.

5. Reclamação não conhecida." 40

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a reclamação contra decisão do Juizado Especial Cível somente se revela cabível quando a divergência disser respeito à interpretação de texto normativo de natureza material. Se a divergência for de interpretação de norma de direito processual, não se admite a reclamação. Com efeito, "[e]stão excluídas do âmbito de cabimento da reclamação formulada com base na Resolução n. 1 2/2009-STJ as questões de ordem processual" 41 •

A orientação de que a reclamação para fazer valer a orientação j urisprudencial do STJ, ajuizada contra decisão de turma recursai, só alcança discussões de "direito substantivo" não é correta. Trata-se de uma distinção que se revela arbitrária e injustificável. Diversas regras processuais gerais são aplicadas no âmbito dos Juizados Especiais. O próprio STJ, por exemplo, afirmou a competência da turma recursai para julgar mandado de segurança contra ato judicial (n. 376 da súmula do STJ).

Perguntamos: se porventura uma turma recursai reiteradamente passasse a reputar-se incompetente para processar tais mandados de segurança, não caberia reclamação perante o STJ? Será que o STJ deixaria que o enunciado da sua súmula virasse letra-morta? O exemplo basta para que se perceba como é "artificial" essa tentativa de filtro ao cabimento da reclamação lastreada na Resolução n. 1 2/2009 do STJ.

O STJ tem sido exigente a respeito do cabimento da reclamação constitucional nesses casos. Segundo tem entendido, trata-se de medida excepcional, estando " ...

reservada somente para a análise de hipóteses extremas, em que se verifique frontal 40. STJ, 2' S., Rei n. 4.858/RS, rei. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rei. pi acórdão Min. Nancy Andrighi,j.

em 23. 1 1 .20 1 1 , publicado no DJe de 30. 1 1.20 1 1 .

4 1 . STJ, 2' S., AgRg na Rei n . 4682/AL, rei. Min. Maria Isabel Gallolli,j. em 25.5.201 1 , publicado n o DJe de l º/61201 1 . No mesmo sentido: STJ. 2' S., AgRg na Rei n. 6.428/MG, rei. Min. Antonio Carlos Pereira,j.

9/1 11201 l , DJe 24/1 1/201 1 . Tambtm no mesmo sentido: STJ, I' S., AgRg na Rei n. 6.995/MG, rei. Min.

Tcori Albino Zavascki, j. em 23. 1 1 20 1 1 , publicado no DJe de 2.12.201 1 .

ofensa a julgado deste Tribunal, cuja solução decorra da aplicação da lei federal e não da meU10r ou pior intepretação que se possa fazer dos fatos da causa" 42•

É bem verdade, como já se viu, que a reclamação é uma ação típica, não podendo ter ampliado seu objeto. Acontece, porém, que, nesse caso dos Juizados Especiais Estaduais, há uma situação peculiar, relativa às causas repetitivas, que impõe a adoção de medida destinada a preservar a autmidade da jurisprudência firmada pelo STJ, a fim de se eliminar a divergência jurisprudencial, conferindo isonomia e segurança jurídica ao sistema de demandas repetitivas. O STJ dispõe de um poder implícito: o de conferir efetividade à sua principal função, que é a de unifom1izar ajurispmdência nacional, vindo a acentuar-se no âmbito das causas repetitivas. E tal poder implícito exercita-se por meio da reclamação constitucional.

Esse entendimento é reforçado pela Lei n. 1.2. 1 53/2009, que criou os Juizados Estaduais da Fazenda Pública. O art. 1 8, § 3º, e o art. J 9 dessa lei cuidam do pedido de uniformização da jurisprudência sobre aplicação da lei federal, que deve ser dirigido ao STJ, "quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado". Esses dispositivos são constitucionais, exatamente porque o STJ tem a competência implícita de fazer valer o seu entendimento sobre a interpretação da lei federal e, assim, unifonnizar nacionalmente a jurisprudência em derredor do assunto. Se não houvesse essa competência implícita, a lei seria inconstitucional, por ampliar a competência do STJ, o que somente poderia ser feito por emenda constitucional.

Note, finalmente, que este Curso defende o cabimento de reclamação para fazer valer a autoridade de precedente do Pleno do STF em matéria constitucional, ainda que oriundo do controle d!/uso de constitucionalidade (ver item sobre a objetivação do recurso extraordinário, no capítulo respectivo).

Reclamação para fazer valer orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como assinalou o Supremo Tribunal Federal, não nos parece apenas cabível: trata-se de medida extremamente recomendável, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, que não podem tornar-se "ilhas" de interpretação do direito federal, ignorando os posicionamentos consolidados do

STJ.

RICARDO DE BARROS LEONEL entende não ser cabível a reclamação para substituir um recurso inexistente. Como não existe recurso especial para provocar o reexame, pelo STJ, do que foi decidido por Juizado Especial Cível, não seria possível obter 42. STJ, 2' S., AgRg na Rei 5.046/DF, rei. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.10.20 1 1 , publicado no DJe de 4.1 1 .20 1 1 .

525



a substituição da decisão pela reclamação. Daí por que entende que a reclamação não pode provocar a cassação, nem anulação ou reforma da decisão reclamada. O

acolhimento da reclamação, na sua opinião, acarreta um provimento declaratório, com fixação da interpretação do STJ relativamente à questão de direito federal que é objeto da uniformização, daí se seguindo os comunicados aos Tribunais de Justi

ça, às respectivas Corregedorias e à Turma Recursai na qual tramitava o processo de que se originou a reclamação. Além desse simples comunicado, é possível, nos processos que ficaram suspensos por decisão do relator da reclamação no STJ, haver a retratação dos órgãos originários, a fim de que ajustem suas decisões à tese firmada pela Corte Superior '1•

A prevalecer essa ideia, não haveria interesse da parte no ajuizamento da reclamação.

Se não há mudança na decisão reclamada, não há utilidade na reclamação. Não é isso, ademais, que se extrai dos precedentes do STJ que acolliem a reclamação.

Esta, que é ajuizada no prazo de quinze dias da intimação da decisão reclamada, tem por finalidade desfazê-la, servindo como um verdadeiro sucedâneo recursai.

Se, por um lado, não cabe recurso especial para o STJ contra decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíve s, é inegável que, por outro lado, o STJ tem o poder implícito - provocado e exercido pela reclamação - de fazer valer sua função institucional de uniformizar a interpretação dada ao direito federal.

10. RECLAMAÇÃO E DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO

Não há prazo para o ajuizamento da reclamação. No entanto, o Supremo Tribunal Federal mantém firme entendimento no sentido de que não cabe a reclamação contra decisão judicial transitada em julgado44, sob pena de caracterizar-se como um inadmissível sucedâneo de ação rescisória45• Eis o teor do enunciado n. 734 da súmula da jurisprudência predominante do STF: "Não

cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

Na verdade, não cabe a reclamação como meio de desfazer, refom1ar, cassar, modificar decisão transitada em julgado, pois, nesse caso, estaria fazendo as vezes de uma ação rescisória. É óbvio, contudo, que, se a decisão que estiver sendo desrespeitada transitara em julgado, cabe a reclamação. Assim, conhecido e provido, por exemplo, um recurso extraordinário, por acórdã.o transitado em julgado, cabe a reclamação contra a decisão do juiz de primeira instância que determinar a execução de forma diversa do que restou j ulgado pelo STF.

43. Rec/amaçào co11sti/11cio11al. São l'aulo: RT, 201 1 , p. 2 1 0-2 1 1 .

44. Decisão da M inistra Ellcn Graci.:. do STF, na Reclamação 1 .955- 1 . publicada na Revista Dialética de Direito Processual, nº 3 Uunho-2.)03), p. 169-170.

45. Decisão do Ministro Celso de M, llo, do STF, na Medida Cautelar em Reclamação 2.478-4, publicada na Revista Dialética de Direito Proi essual, n. 1 2 (março-2004), p. 184-185.



RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A decisão do STF transitou em ju.lgado, mas isso não é, obviamente, óbice à reclamação46•

Ajuizada a tempo a reclamação, o superveniente trânsito em julgado não a torna incabível, pois, nessa hipótese, não se está a utilizá-la como sucedâneo de ação rescisória. Vale dizer que o enunciado 734 da súmula do STF não incide, se a reclamação for intentada antes do trânsito em julgado; sobrevindo o h·ânsito em julgado, a reclamação não se torna incabível.

Ao julgar a Reclamação 2.280/RJ, a 2" Turma do STF entendeu ser cabível a reclamação intentada antes do trânsito em ju lgado. A propósito, é oportuno transcrever trecho do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, que assim se expressou: "Preliminarmente, considero que o trânsito em julgado do acórdão reclamado, noticiado com a Petição avulsa 23. 1 79/2008, não prejudica o conhecimento desta reclamação. A alegada de violação de precedente desta Corte foi apresentada em momento oportuno, enquanto ainda tramitava o processo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Assim, esta reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de eventual ação rescisória. Ademais, compete à Corte zelar pela máxima efetividade de suas decisões, especialmente nas hipóteses em que o risco à autoridade do Supremo Tribunal Federal [oi devidamente evocado pelo reclamante a tempo."

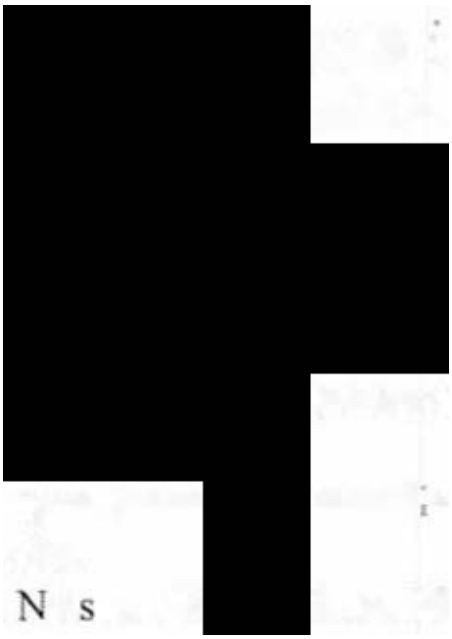
1 1 . PROCEDIMENTO

A reclamação, cabível nas hipóteses constitucionalmente fixadas, tem seu procedimento estabelecido na Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1 990. As normas contidas na referida Lei nº 8.038/1 990 a respeito da reclamação constitucional estão reproduzidas nos arts. 1 87 a 1 92 do Regimento Interno do STJ e, de igual modo, nos arts. 1 56 a 1 62 do Regimento Interno do STF.

O ajuizamento da reclamação depende de provocação da pa1te ou do Ministério Público. Instruída com prova documental, a reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, deve ser autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível. O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 25.03.04, acrescentou ao a11igo 1 6 1 do Regimento fnterno do Tribunal a possibilidade de o ministro-relator de Reclamação julgá-la, quando a matéria em questão for objeto de jurisprudência consolidada na Corte, aplicando, por analogia, o disposto no art. 557 do CPC47. Gisele Góes defende que a reclamação por desobediência à 46. "Anál ise da Súmula 734 do STF à luz da natureza jurídica da reclamação constitucional". Aspectos polémicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr.

e Teresa Anuda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2005, p. 4 1 O.

4 7. Parágrafo único do art. 1 6 1 do Regimento Interno do STF: "O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal".



autoridade da decisão deve ser remetida ao relator da causa originária, que gerou a decisão desrespeitada, em espécie de prevenção temática48.

Trata-se de procedimento semelhante ao do mandado de segurança. A petição inicial deve vir acompanhada da prova documental pré-constituída, não se admitindo a produção de provas casuais ao Longo do procedimento (Lei n. 8.038/1 990, art. 1 3, par. ún.; RISTF, art. 1 56, par. ún.)49•

Ao despachar a reclamação, o relator: a) requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 1 O

(dez) dias; e b) ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado (Lei Federal n. 8.038/1 990, art. 1 4).

A decisão que determina a suspensão do processo ou do ato impugnado tem natureza de tutela antecipadasº_ mas pode ser concedida ex officio pelo relator.

O sujeito passivo da reclamação pode ser qualquer pessoa, órgão ou ente que descumpra decisão do tribunal ou usurpe a sua competência. A entidade pode ser do Poder Judiciário, Legislativo ou Executivos'.

Cumpre adve11ir que o art. 1 57 do Regimento Interno do STF prevê o prazo de

5 (cinco) dias para a prestação de informações pela autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado. Parece, contudo, que, no confronto entre a Lei nº 8.038/1 990 e o Regimento Interno do STF, há de prevalecer a primeira, de sorte que o prazo para as in formações é de 1 0 (dez) dias.

Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (Lei n.

8.038/ 1 990, art. 1 5). A parte adversária ao reclamante - que não seja beneficiária do ato impugnado - pode intervir no processo da reclamação, na qualidade de assistente litisconsorcials. A intervenção é facultativa, segundo a j urisprudência53. É preciso fazer uma observação, porém: se a parte adversária ao 48. GÓES, Giscle. "Reclamação constitucional", cit., p. 508.

49. Neste sentido, na doutrina mais recente, LEONEL. Ricardo de Barros. Reclamação consti111cio11al. São Paulo: RT. 201 1, p. 261 -264.

50. Aderindo expressamente ao eatend·mento aqui defendido, GÓES, Gisele. "Reclamação constitucional"', cit., p. 509-51 O.

5 1 . NERY JR., el on e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Cfril comentado e legislação extravagall/e. 7 cd. São Paulo: RT, 1003, nota 20 ao art. 102 da Constituição Federal, p. 205.

52. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Rec/amaçcio cons1i111cio11al 110 direito brasileiro, cit., p. 476; GÓES.

Gisele. "Reclamação constitucional", cit., p. 507.

53. "A Lei nº 8.038/90 estabelece que qualquer interessado poder{1 impugnar o pedido do reclamante (art. 1 5). O

interessado -vale dizer, aquela pessoa que dispõe de interesse jurídico na causa - qualifica-se como sujeito meramente evenlual da relação processual formada com o ajuizamento da reclamação. A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de i1 tegraçilo necessária e de válida composição da relação processual, o 528

reclamante for o beneficiário direto do ato impugnado, deve ser ela entendida como litisconsorte necessária, ré da ação de reclamação, sob pena de nulidade da decisão eventualmente proferida sem o respeito à garantia do contraditório54•

Correta, portanto, a regra prevista no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que concretiza o direito fundamental ao contraditório: "Art.

250 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante. Parágrafo

único - O beneficiário da decisão reclamada deverá ser citado".

O Ministério Público, nas reclamações que não houver intentado, terá vista dos autos, por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações (Lei n.

8.038/ 1 990, art. 1 6).

Julgado procedente o pedido formulado na reclamação, o Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, que cassou o ato exorbitante de seu julgado ou que ordenou a adoção de medida adequada à preservação de sua competência, lavrando-se o acórdão posteriormente (Lei n. 8.038/ 1 990, arts.

1 7 e 1 8). Essa é, aliás, a orientação seguida pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 7/2006 (art.

7°, § 2º), que cuida da reclamação por desrespeito a enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional: "Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, detern1inando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso".

Examinando o tema, Pontes de Miranda anota: "A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por invadente da competência do tribuual superior é constitutiva negativa. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz e repele a interpretação que fora dada à decisão sua, no tocante à força e à eficácia, também é constitutiva negativa. A ação de reclamaçã.o que rechaça o ato do juiz por ter retardado, materialmente, a cognição pelo tribunal superior, é mandamenta/"55.

Não cabem embargos infringentes em julgamento de reclamação (súmula do STF, n. 368). Não cabem, também, recurso ordinário constitucional, embargos de divergência nem o agravo de instrumento dos arts. 524 a 527 do CPC; este último chama111e1110 formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamaçiío, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado cm que se encontra. O interessado, uma vez admitido ao processo de reclamação - e observada a fase procedimental em que este se acha -, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhes, ainda, a prerrogativa de fazer sustemação oral, quando do julgamento final da causa. Precedente". (STF, Pleno, Rei n. 449 AgR/SP, rei. Min. Celso de Mcllo, j. 1 2 . 1 2. 1 996, publicado no DJ de 2 1 .02.1 997, p. 2.830).

54. Neste sentido, aderindo ao posicionamento defendido no texto, LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constítucio11a/. São Paulo: RT, 2 0 1 1 , p. 234-235.

55. Comentários ao Código de Processo Cível, l. 5, cil., p. 287.

529

somente é cabível contra decisão de juiz de primeira instância. Cabem embargos de declaração, agravo interno contra decisões do relator, recurso especial (quando julgada por Tribunal de Justiça) e recurso extraordinário.

1 2. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA RECLAMAÇÃO

Já se viu que a reclamação ostenta natureza de ação originária, devendo ser proposta em tribunal, com a finalidade de preservação da competência ou de garantia da autoridade de decisões do próprio tribunal.

Sendo a reclamação uma ação, deve o reclamante efetuar o pagamento de custas para seu ajuizamento. Ao final, o vencido há de ser condenado nos honorários de advogado da parte vencedora, mercê da aplicação do princípio da causalidade.

O STF, contudo, entendeu, consoante já demonstrado em Linhas transatas, que a reclamação constitucional não desfruta da nahireza de ação, consistindo num mero exercício do diJ·eito de petição. Coerentemente com esse entendimento, também já se viu que não se deve exigir custas na reclamação. E m outras palavras, a prevalecer o entendimento do STF, segundo o qual a reclamação não tem natureza de ação, mas de mero exercício do direito de petição, não se deve exigir custas para seu ajuizamento.

Sendo igualmente coerente com esse entendimento do STF, não deve, na reclamação constitucional, haver condenação do vencido em honorários de advogado. O STJ, partindo da mesma premissa do STF, entende que não há, na reclamação, condenação em honorários advocatícios. Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, "é vedada a condenação em verba de patrocínio na reclamação". 56

56. Acórdão da 3" Seção do STJ, Rei 2.01 7/RS. rei. Min. Jane Silva - Des. Conv. do TJ/MG -, j. 8/10/2008, DJe 15/1 0/2008.



CAPÍTULO XII

REEXA M E NECESSÁRIO

Sumário • 1. Natureza juridica - 2. H ipóteses de cabimento - 3. Procedimento - 4. Hipóteses em que pode ser dispensado o reexame - 5. Reexame necessário, sentença terminativa e a possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal (§ 3° do art. 5 1 5 do CPC).

1 . NATUREZA J U RÍ DICA

O reexame necessário não é um recurso, exatamente por não estar previsto como tal no Código de Processo Civil, não atendendo, portanto, à regra da taxatividade. O reexame necessário não integra o rol taxativo de recursos, previsto no art. 496 do CPC, nem é tratado como recurso em qualquer outro diploma legal.

O reexame não contém os pressupostos próprios cios recursos. De fato, além de não atender à regra da taxatividade, o reexame não está sujeito a prazo, faltando ao juiz legitimidade e interesse em recorrer. A isso acresce a circunstância de não haver o atendimento ao requisito da regularidade formal, que exige do recorrente a formulação do pedido de nova decisão e a demonstração das razões de fato e de direito que o fundamentam. Não se atende, ademais, à característica da voluntariedade do recurso, peculiar ao sistema recursai brasileiro, segundo a qual o recurso, para ser interposto, depende de provocação espontânea de um dos legitimados, eis que é man i festação cio princípio dispositivo, não devendo decorrer de obrigação ou imposição legal.

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia.

Desse modo, não havendo o reexame e, consequentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação rescisória. Eis mais uma razão pela qual o reexame necessário não pode ser tido como um recurso. Não interposto o recurso contra a sentença, esta irá transitar em julgado, cabendo ação rescisória pelo prazo de 02 (dois) anos. No caso do reexame, caso não venha a ser detenninaclo na sentença, esta não irá transitar em julgado, sendo despropositado o manejo de ação rescisória, à mingua de pressuposto específico.

Conclui-se, desse modo, que o reexame necessário reveste-se da natureza de condição de eficácia da sentença, não ostentando feição de recurso1•

1 .

Roo«1Go MA7.ZEI questiona a natureza jurídica do reexame necessário, afirmando ser necessário um maior aprofundamento sobre o tema. Refuta todas as teorias existentes em torno do assunto, ressaltando que 531

fREDIE ÜIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

O CPC/39, no art. 822, referia-se ao reexame necessário como uma apelação

necessária. Importante a leitura do trabalho de Araken de Assis, quando o autor demonstra que o prestígio do aspecto da voluntariedade no conceito de recurso deve ser revisto. Os argumentos impressionam. Eis as suas conclusões: ·'Do exposto só há uma conclusão razoável, quanto à figura do reexame. Conforme se viu, ao contrário do que faria supor sua localização geográfica no código, resultante de concessão reverencial ao autor do anteprojeto, independentemente da mens legislatoris o a11.

475. caput, manteve a veU1a e incompreendida apelação ex officio. (. . .) Neste mesmo sentido se manifesta Frederico Marques, acrescentando que o elemento comum

'é a devolução ao juízo ad q 1e111 do julgamento proferido em primeira instância, devolução voluntária ou necessária conforme se dê por iniciativa do vencido ou mediante impulso oficial. Parece exato, igualmente, a existência de conflito entre a rediviva apelação ex officio. fortalecida pela menção do art. 3° da Lei 8.437, de 30.06.1 992, e o conceito ad hoc de recurso. Mas a objeção, já se disse alhures, não convence. Submetido ao método das conjeturas e refutações, tal conceito se provou falso, porque incapaz de abranger todos os recursos, e, portanto há de ser substituído por um melhor, que suporte teste no qual o antigo fracassou. Àqueles que duvidarem do bom senso de alargar o conceito de recurso, relativizando sua voluntariedade, ousamos lembrar que, para os homens sensatos da época de Galileu, tementes a Deus e atentos à própria vida. o Sol girava em torno da Terra. Põe-se excessivo destaque no caráter voluntário de todo o recurso, olvidando seu eventual regime compulsório. E até mesmo a voluntariedade surge no recurso ex officio. Constitui simples faculdade o recurso i 1terposto pelo Presidente do Tribunal contra 'decisões proferidas em dissídio coletivo' (art. 898 da CLT). Que dizer dessa hipótese excepcional, senão que há recurso ex officio obrigatórios e voluntários?"2

Não obstante os argumentos da pena firme de ARAKEN DE Assis, a natureza do reexame necessário constitui solução de direito positivo: somente ostentam a natureza recurso, como se viu, os meios de impugnação assim qualificados pela legislação.

2. H I PÓTESES DE CABIM ENTO

As sentenças sujeitas ao r exame necessário são aquelas proferidas nos casos previstos nos incisos do art. 4 7 5 do CPC.

Na hipótese de seu inciso 1, haverá reexame necessário em relação às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública. No particular, cumpre recordar o conceito de Fazenda Pública, abrangente da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas autarquias e fundações públicas. Qualificam-se como autarquias especiais as o reexame mais se aproxima de um recurso. Yale a leiturn de seu texto: MAZZEI, Rodrigo. "A remessa

'necessária' (reexame por remessa) e sua natureza jurídica". Aspectos polémicos e a111ais das recursos cíveis e assuntos afins. Nelson erv Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambicr (coords.). São Paulo: RT, 201 1 , v.

12, p. 405-432.

2.

ASSíS, Araken de. "Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário", cit., p. 128-1 29.



agências reguladoras, razão pela qual uma sentença proferida contra uma agência também deve sujeitar-se ao reexame necessário.

A exigência do reexame necessário alcança apenas as sentenças, não atingindo as decisões ioterlocutórias proferidas contra as pessoasjmídicas de direito público. Com efeito, não se sujeitam ao reexame necessário as decisões interlocutórias proferidas contra a Fazenda Pública; não há, pois, reexame necessário em

relação à tutela antecipada concedida contra a Fazenda Pública. Mas se a decisão ioterlocutária resolver definitivamente parte do mérito da causa, o que é possível em face da nova redação do art. 269 do CPC, sendo apta a ficar imune pela coisa j ulgada material, é possível defender a necessidade do reexame compulsório pelo tribunal.

Desde a redação originária do art. 4 75 do CPC, a doutrina controverte sobre o cabimento do reexame necessário quanto às sentenças que extinguem o processo sem resolução do mérito, em que figure como parte a Fazenda Pública. Isso porque, ao referir-se a sentença proferida contra, o dispositivo estaria, segundo parcela da doutrina, aludindo ao ato judicial que extingue o processo com julgamento do rnérito3. Sendo proferida sentença tenninativa em processo no qual a Fazenda Pública figure no polo passivo, obviamente que esta não restou sucumbente; a sentença não foi proferida contra a Fazenda Pública, sendo incabível o reexame necessário.

Jorge Tosta alude à situação de a sentença terminativa proíerida contra o Poder Público conter condenação ao pagamento de verba honorária. Nesse caso, entende ele que é cabível o reexame, se o valor da verba honorária for superior a 60 (sessenta) salários-mínimos. Parece razoável esse entendimento•. O Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, tendo, aliás, editado o enunciado n. 325 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, cujo teor tem a seguinte redação: "A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado". Significa, então, que há reexame necessário no tocante a qualquer condenação imposta contra a Fazenda Pública, ainda que se restrinja aos honorários de sucumbência.

Cumpre, todavia, consignar que somente há reexame necessário, mesmo no caso a que se refere o referido enunciado sumular, se o valor da condenação for superior a 60 (sessenta) salários mínimos. Assim, se a Fazenda Pública for condenada ao pagamento de honorários no valor de até 60 (sessenta) salários mínimos, não haverá reexame necessário.

3.

PORTO, Sérgio Gilberto. Come111ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 237.

Nesse sentido, é o teor do n. 1 37 da Súmula do TFR: "A scnJern;:a que, cm execução fiscal promovida por aularquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérilo (Código de Processo Civil, art. 267), não cslá sujeita ao duplo grau de jurisdição obriga1ório".

4.

Do reexame necessário. São Paulo: RT, 2005, p. 236-237.

533





Na hipótese de a Fazenda P ' blica figurar como autor da demanda, não haveria, segundo esse mesmo entendimento, sentença proferida contra o ente público, eis que somente se profere sentença contra o réu5• De fato, "esta sentença não é proferida 'contra' o autor, não estando sujeita à remessa necessária quando o autor for uma das entidades mencionadas no CPC 475"6.

Enquanto o inciso 1 do art. 4 75 do CPC refere-se ao processo de conhecimento, seu inciso l i diz respeito aos embargos acolhidos em execução de dívida ativa.

Significa que o reexame necessário previsto no inciso I do art. 475 do CPC refere

-se, apenas, ao processo de conhecimento (formação do título), não se estendendo para embargos do devedor opostos em execução movida contra ou pela Fazenda Pública, salvo se a execução for fundada em dívida ativa. Neste último caso, já não mais se aplica o referido inciso J do art. 475 do CPC, atraindo, isto sim, a incidência do seu inciso l i .

Na legislação extravagante há outras hipóteses de cabimento da remessa necessária, tais como: a) sentença concessiva de mandado de segw-ança (a1t. 1 4, § 1 º, Lei Federal n. 1 2. 0 1 6/2009)7; b) sentença que extinguir a ação popular por carência de ação ou improcedência do pedido (art. 1 9 da Lei Federal n. 4.7 1 7/ 1 965).

3. PROCEDIM ENTO

Cabe ao juiz, ao proferir a sentença que se enquadra em uma das hipóteses do art. 475 do CPC, determinar, expressamente, a remessa dos autos ao tribunal que lhe seja hierarquicamente superior e ao qual esteja vinculado funcionalmente.

A ausência de tal determinação impede o trânsito em julgado8, podendo o juiz conigir a omissão a qualquer momento, não havendo preclusão quanto à matéria.

5.

Luiz Manoel Gomes Júnior entende que "'independentemente da posição ocupada pelo ente de direito público, se a sentença lhe foi contrária, desde q.ie com apreciação do mérito, sempre haverá necessidade do reexame ..

(GOMES JR., Luiz Manoel. "'Anotaçfes sobre a nova fase da refom1a do CPC - âmbito recursai". Aspectm polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de i111p11gnaç<io às decisões judiciais. elson Nery Júnior .: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 200 1 , nota de rodapé n.º 7, p. 647).

Logo, segundo o doutrinador, figure .1 Fazenda Pública no processo como autor ou como réu, deve haver o reexame necessário, desde que a sentença seja de mérito.

6.

NERY JR., elson e NERY. Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Cii"il come111ado e legislaçcio processual civil extravagame em vigor. 5 ed. São Paulo: RT. 200 1 , p. 9 1 8. E m outra passagem da mesma obra, os ilustres processualistas assin averbam: .. Somente as sentenças de mérito estão sujeitas à remessa necessária de que trata a norma sob comentário" (p. 91 6).

7.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros . ··o reexame necessário e a nova lei do mandado de segurança". KOEHLER.

Frederico (Org.) Comentários à nova lei do ma11dado de segurança: em '1ome11age111 ao Prof Ivo Dantas.

Porto Alegre: 1uria Fabris. 2012.

8.

' ão transita em julgado a sentença por ha\ er omitido o recurso ex officio, que se considera interpo to ex lege:· (Súmula do STF, n. 423).

534

REEXAME NECESSÁRIO

Em vista de provocação de qualquer das partes ou até mesmo de ofício, poderá,

de igual modo, o presidente do tribunal avocar os autos. (CPC, art. 475, § 1°).

Caso haja apelação, deve-se aguardar seu regular processamento perante o próprio juízo prolator da sentença, para, somente então, determinar-se o envio dos autos ao tribunal, a quem caberá apreciar, conjuntamente, o reexame necessário e a apelação. Não havendo a apelação, deverão, de igual modo, ser remetidos os autos ao tribunal para apreciação do reexame necessário.

Olvidando o juiz de determinar, na sentença, a remessa dos autos ao tribunal, poderá fazê-lo a qualquer momento, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Isso porque não há preclusão em relação à determinação da remessa necessária. Alternativamente, o tribunal poderá determinar a avocação dos autos a qualquer tempo (art. 475, § I º, CPC), porquanto não há prazo para o reexame, diferentemente do que sucede com os recursos. Enquanto não procedido o reexame necessário, não se operará o trânsito em julgado da sentença.

Exatamente porque não contém natureza recursa!, o reexame necessário não está sujeito a preparo, nem admite a apresentação de contran-azões pelo particular ou pela parte vencedora. De igual modo, não havendo interposição de apelação, e sendo remetidos ao tribunal os autos apenas em função do reexame necessário, é incabível o recw·so adesivo, justamente porque não há recurso principal ao qual se possa aderir.

Determinada a remessa dos autos ou avocados que sejam estes, o procedimento para o processamento e julgamento do reexame necessário é idêntico ao da apelação.

A propósito, ao reexame necessário aplica-se o 552 do CPC, devendo seu julgamento ser incluído em pauta, com a publicação antecedida de, pelo menos, 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de nulidade. Nesse sentido, "a inobservância do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, entre a publicação de pauta e julgamento sem a presença das partes, acan-eta nulidade"(súmula do STJ, n . 1 1 7).

Ao reexame necessário aplica-se o art. 557 do CPC, podendo o relator, positivadas as hipóteses ali previstas, em decisão isolada, negar ou dar provimento à remessa. Com efeito, "o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário" (enunciado n. 253 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).

Do j ulgamento do reexame necessário cabe a interposição de qualquer recurso,

atendidos os correlatos requisitos de admissibilidade. Questiona-se, apenas, se cabe a interposição de embargos infringentes do acórdão que julgar 535

e

1

o reexame necessário, conforme já examinado no capítulo dedicado aos

embargos infringentes.

Ademais, o STJ, ao editar o enunciado n. 45 da sua súmula de jmisprudência predomjnante, que veda a reformatio in pejus no reexame necessário, tomou como premissa a ideia de que o reexame foi instituído em favor da Fazenda Pública, não podendo prejudicá-la. Essa mesma premjssa deveria serviJ de fundamento para permitir-se o cabimento dos mbargos infringentes do julgamento, não unârume, da remessa obrigatória. Isso porque, da mesma fonna que sucede no julgamento da apelação, ao decidir o reexame necessá1io o tribunal reanalisa a sentença, proferindo nova decisão que irá substituí-la (CPC, art. 5 1 2), sem poder agravar a situação da Fazenda Pública. esse caso, havendo divergência, não há razão para não se pennitir os embargos infringentes.

De igual modo, essa mesma premissa deve servir de fundamento para se permitir a sustentação oral no julgamento da remessa obrigatória.

Ao julgar o Recurso Especia 493.862/MG, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser cabível a sustentação oral em reexame necessário, em aresto que contém a seguinte ementa: "PROCESSO CIVIL- PRETENDIDA SUSTENTAÇÃO ORAL E M

SEDE DE REEXAME NECESSÁRlO - DICÇÃO DO ART. 554 D O CPC - POS

SIBfLIDADE- VOCÁBULO 'RECURSO' fNTERPRETADO PELO SUPERJOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SENTIDO AMPLO. A ABARCAR O INSTITUTO

DO REEXAME NECESSÁRIO- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVI

DO.- Ê de se entender que o vocábulo 'recurso' previsto no artigo 554 do Estatuto Processual Civil, deve ser interpretado em sentido amplo, a abranger a remessa necessária prevista no artigo 475 e, por consequência, abarcar a possibilidade de sustentação oral por ocasião do julgamento do reexame necessário. - Não procede, também, eventual entendimento no sentido de que, privado o reexame necessário de razões recursais, por esse morivo haveria óbice para sustentação oral. Para afastar essa interpretação equivocada, é de bom

conselho reproduzir o escólio de Sergio Bermudes ao comentar o artigo 554 do Código de Processo Civil: 'Pode sustentar o recorrente, ou o recorrido, que deixou de apresentar as respectivas razões? O artigo determina que a palavra será dada ao recorrente e ao recorrido, a fim de sustentarem as razões do recurso. Por isso, uma interpretação demasiadamente apegada à letra da lei obrigaria a uma reposta negativa. Entretanto, sabe-se que, dentre todas as formas de interpretação, outra não há mais perigosa que a literal. Não se casa com o espírito do Código a exegese de que só poderá sustentar o recorrente, ou recorrido, que apresentou razões, quando da interposição do recurso, ou da resposta. Se, nesse momento, recorrente e recorr do se omitiram, deve-se entender que se reportaram à inicial, à contestação, à fundamentação da sentença. Se o recorrido era revel, permanecendo contumaz qua to aos demais aros cuja prática lhe incumbia, nada obsta a que sustente a decisão que lhe foi favorável, pois o revel pode intervir no processo em qualquer fase (a.it. 322)' [Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Ed. RT, Vol. VII, p. 3781379). - Peço vênia à ilustre Ministra Eliana Calmon para conhecer e dar provimento ao recurso da Fazenda Pública de Minas Gerais e anular o acórdão da Corte de origem, a fim de que seja dada oportunidade para a 536

sustentação oral por ocasião do julgamento do reexame necessário. Em vista desse desfecho, fica prejudicado o exame das demais questões"9.

4. H I PÓTESES EM QUE PODE SER DISPENSADO O REEXAME

Os §§ 2° e 3° do art. 475 do CPC estabelecem hipóteses em que o reexame necessário haverá de ser dispensado pelo juiz.

O Superior Tribunal de Justiça mantém firme entendimento, segundo o qual essas hipóteses de dispensa de reexame necessário, que serão doravante examinadas, nào se aplicam ao processo de mandado de segurança. É que, no entender da Corte Superior de Justiça, o mandado de segurança regula-se por lei especial (antes, pela Lei nº 1 .533/1 95 1 , agora, pela Lei n. 1 2.0 1 6/2009), aplicando-se as regras do CPC

apenas subsidiariamente, ou seja, quando houver omissão na lei de regência. Como o art. 1 4, § l º, da Lei nº 1.2.01 6/2009 estabelece o reexame necessário, sem restrições, exceções ou sem qualquer hipótese de dispensa, não se aplicaria o CPC no particular, prevalecendo a norma especial frente a geral. Então, segundo o entendimento dominante no STJ, as hipóteses de dispensa de reexame necessário não se aplicam ao mandado de segurança (conferir, dentre tantos outros, o acórdão unânime da I ª

Turma cio STJ, no REsp 739.684/PR, rei . Min. Francisco Falcão, j. 5/12/2006, DJ

de 1 °/2/2007, p. 404)'º·

A primeira hipótese de dispensa ocorre nos casos em que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, tanto para a sentença prevista no novo inciso I como para aquela capitulada no atual inciso I l .

À evidência, o quantum não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos deve ser considerado no momento em que a sentença for proferida, de tal sorte que, ainda que o valor atribuído à causa, quando de sua propositw-a, fosse superior àquele teto, o que deve ser levado em conta é o quanto representa a condenação no momento do j ulgamento do feito.

E se o valor envolvido ou a condenação corresponder, exatamente, a 60 (sessenta) salários mínimos? Nesse caso, haverá ou não o reexame? Impõe-se levar em conta o teor literal da regra contida no § 2° do art. 475 do CPC, segundo o qual não se aplica o reexame necessário se a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. Significa que somente haverá reexame se o valor exceder ao limite legal. Não excedendo, ou seja, sendo equivalente a até 60 (sessenta) salários mínimos, não haverá o reexame 9.

Acórdão não unânime da 2" Turma do STJ, REsp 493.862/MG, rei. Min. Eliana Calmon, rei. p/ acórdão Min. Franciulli Nelto, j. 05/02/2004. DJ de 1 2104/2004, p. 192.

1 O. Para mais detalhes sobre o assunto, conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 5" ed. São Paulo: Dialética, 2007, n. 14. 13, p. 41 8-422, que manifesta entendimemo conrrário ao do STJ.

necessário. Logo, ostentando a condenação ou o direito controve1tido a cifra exata de 60 (sessenta) salários mínimos, não deve haver o reexame necessário, eis que não se ultrapassou o limite legal. A interpretação, in casu, há de ser literal, eis que se trata de norma restritiva, devendo, bem por isso, sua exegese ser estrita, sem qualquer largueza.

Estão excluídas do reexame necessário, de igual modo, as sentenças de procedência proferidas nos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, cujo valor, à época da sentença, atualizado monetariamente e acrescido de juros e demais encargos, não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos. Caso haja a reunião de várias execuções, por conexão, "deve ser levado em consideração o valor de cada dívida individualmente" 1•

A fixação de um valor como marco para definir o cabimento do reexame necessário revela-se preocupante, na exata medida em que a praxe forense entremostra ser comum que a parte autora atribua à causa um valor módico, que geralmente não corresponde à repercussão econômica, ao montante da condenação ou ao direito controvertido no processo. Tal hábito - o qual não deve ser ignorado, mesmo em sede doutrinária - decorre da intenção de minimizar os custos do processo, obviando o dispêndio de pesado ônus financeiro, consistente no pagamento de elevadas custas judiciais ou taxas judiciárias.

Bem por isso, para evitar malícias e no intuito de preservar o interesse público, impedindo prejuízos para a Fazenda Pública, o § 2º do a1t. 475 do CPC faz expressa menção a valor certo. Em outras palavras, somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no § 2º do art. 475 do CPC, caso a sentença seja líquida e o valor nela quantificado nã.o exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito. de valor certo que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese, não há com se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, num processo de liquidação, no qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido.

O que se pretende deixar evidente é que o reexame necessário somente será

dispensado, nos termos do art. 475, § 2° do CPC, se a sentença for líquida e o valor nela previsto não desbordar do limite de 60 (sessenta) salários mínimos. Daí porque aquele § 2° expressa que: "não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direi lo controvertido,for de valor certo não excedente a 1 1 . GIA ESINI, R.ita. "A Fazenda Pública e o reexame necessário". Aspectos polémicos e awais dos rec11rsos cíveis e de 011/ras formas de impugnação às decisões j11diciais. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). Silo Paulo: RT, 200 1 , p. 923.

538



60 (sessenla) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor".

Não se deve, para fins de aplicação do § 2º do art. 475 do CPC, levar em conla o valor atribuído à causa, porquanto, não raras vezes, tal valor não retrata a repercussão financeira da causa, nem coincide com o quantum envolvido na demanda.

W1LL1AM SANTOS FERREIRA propôs os seguintes critérios para incidência ou não do reexame necessário na hipótese do § 2° do art. 4 75: "a) Em razcio do valor (475, §2º): (...) Em sintesc, quanto ao valor há as seguintes hipóteses e respectivos critérios: a. l) havendo sentença condena/ária líquida: valor a que foi condenado o Poder Público, constante da sentença; a.2) Não havendo sentença condenatória (quando a lei utiliza a terminologia direito controvertido - sem natureza condenatória) ou sendo esta ilíquida (quando a lei utiliza a terminologia "condenação ... for de valor certo): valor da causa atualizado até a data da sentença, que é o momento em que deverá se verificar a incidência ou não da hipótese legal: a.3) No caso de procedência dos embargos do devedor na execuççio de dívida ativa: valor da execução atualizado até o momento em que se verificar se incide ou não a hipótese legal"12.

Havia uma divergência no âmbito da jurisprndência do Superior Tribunal de Justiça. Em alguns precedentes, o STJ assim decidiu "Em sendo assim, a melhor interpretação à expressão 'valor certo' é de que o valor limite a ser considerado seja o correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos na data da prolação da sentença, porque o reexame necessário é uma condição de eficácia desta. Assim, será na data da pro lação da sentença a ocasião adequada para aferir-se a necessidade de reexame necessário ou não de acordo com o 'quantum' apurado no momento.

Precedentes. V I I I Neste sentido, quanto ao 'valor certo', deve-se considerar os

-

seguintes critérios e hipóteses orientadores: a) havendo sentença condenatória líquida: valor a que foi condenado o Poder Público, constante da sentença; b) não havendo sentença condenatória (quando a lei utiliza a terminologia direito controverlido - sem natureza condenatória) ou sendo esta ilíquida: valor da causa

atualizado até a data da sentença, que é o momento em que deverá se verificar a incidência ou não da hipótese legal. I X - Agravo interno desprovido". (AgRg no R.Esp 637.676/RS, Rei. Ministro G I LSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05. l 0.2004, DJ 1 6. 1 1 .2004, p. 3 1 7; no mesmo sentido: REsp 655.046/SP, REsp 572.68 1 /PR, REsp 723478/PR, RESP 723099-SC, AgRg no R.Esp 7 1 0.504/RN)" ..

Não prevalece mais tal entendimento.

Consolidando a conclusão a que chegaram diversos preceden tes, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 490 de sua sümula de jurisprudência, assim redigido: "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido 12. FERJlEIRA, William Santos. Aspectos polêmicos e práticos da nom reforma processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79.



FREDIE D101ER 1R. E LEONARDO CAR •Emo oA Cu 'HA

for inferior a sessenta salários mmimos, não se aplica a sentenças ilíquidas".

O reexame necessário não deverá operar-se, igualmente, nos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprndência do plenário ou em súmula do STF

ou, ainda, em súmula de outro tribunal superior. A regra difere da previsão contida no art. 557 do CPC, que alude também à jurisprudência dominante ou súmula do respectivo tribunal local ou regional, ao qual é dirigido o recurso.

Esse outro motivo de dispensa do reexame necessário está previsto no § 3° do art. 475 do CPC. Sua justificativa coincide com o objetivo que inspirou a nom1a editada no art. 557 do CPC. Ora, se a decisão está em harmonia com j urisprudência do pleno do STF ou com súmula deste ou de outro tribunal superior, significa que será, certamente, confirmada pelo tribunal local ou regional e, sucessivamente, pelos tribunais superiores, na eventualidade de serem aviados, posteriormente, recw-sos extremos.

Já é pacífico, como se viu, que, havendo o reexame necessário de sentença fundada em súmula ou jurisprudência dominante, poderá o relator negar-lhe seguimento, com esteio no art. 557 do CPC. Em tal hipótese, a determinação da remessa obrigatória constituirá mero exercício de inutilidade, servindo, apenas, para enviar ao tribunal mais um processo que consumirá a atividade de servidores, mobilizando toda uma estrutw-a para, chegando ao gabinete do relator, ter seu seguimento negado. Para evitar toda essa tramitação, cujo desfecho já se afigura previsível, permite-se, desde logo, que o próprio juiz, em sua sentença, dispense o reexame necessário.

Há, na verdade, uma gradação legal a respeito da matéria. Realmente, confrontando-se o art. 557 e seu § 1°-A com o § 3° do art. 475 do CPC, chega-se à seguinte conclusão:

a) para que o relator, por decisão isolada, possa negar seguimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior;

b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver súmula ou jurisprudência dominante apenas de tribunal superior;

c) para que o juiz de primeira instância possa dispensar o reexame necessário, é preciso que haja súmula de tribunal superior ou jUJisprudência do pleno do STF.

Como se vê, existe uma ítida gradação na lei. A negativa de seguimento de um recurso ou do reexame necessário pode operar-se em razão de uma súmula tanto de tribunal superior como do próprio tribunal ou, ainda, de jurisprudência

dominante de tribunal superior ou do próprio tTibunal. Por sua vez, para que 540

REEXAME NECESSÁRIO

o relator dê provimento ao recurso ou ao reexame necessário, não é suficiente a existência de jurisprudência dominante ou de súmula, mas não basta que tal súmula ou que a jurisprudência sejam do próprio tribunal; é preciso que sejam de tribunal superior.

A existência, por exemplo, de jurisprudência dominante do próprio tribunal não

permite ao juiz de primeira instância que a ele esteja vinculado lavrar a determinação de dispensa do reexame necessário, eis que, para isso, deve haver súmula de tribunal superio1; ou jurisprudência do plenário do STF. Embora não possa haver dispensa do reexame necessário, chegando os autos no tribunal para exercer o duplo grau, poderá o relator negar seguimento ao próprio reexame necessário.

Além das hipóteses descritas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, é possível haver a dispensa do reexame necessário no caso previsto no art. 1 2 da Medida Provisória nº 2. J 80-35/200 1 , que assim dispõe:

"Arl. 1 2. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário".

Se, no âmbito interno da Administração Federal, houver recomendação de não se interpor recurso ou caso haja instrução do Advogado-Geral da União nesse sentido, tal determinação vincula os advogados ou procuradores da União, não devendo, inclusive, haver reexame necessário, que deverá ser dispensado pelo juiz. Em razão do princípio da lealdade e boa-fé processual, cabe ao advogado da União informar ao juiz para que haja expressa dispensa de reexame necessário, evitando-se a encaminhamento desnecessário dos autos ao respectivo tribunal.

5. REEXAME N ECESSÁRIO, SENTENÇA TERMINATIVA E A POSSIBI

LIDADE DE JU LGAMENTO DlRETO DO M ÉRITO PELO TRIBUNAL

(§ 3º DO ART. 5 1 5 DO CPC)

Um problema interessante é o de saber se é possível a aplicação do § 3° do art. 5 1 5 ao reexame necessário.

Para resolver o problema, dois são os aspectos a serem examinados.

Em primeiro lugar, é preciso relembrar que várias regras relativas à apelação são aplicadas ao reexame necessário por extensão, de que servem de exemplo o 541

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

§§ I º e 2º do art. 5 J 5 do CPC e o art. 557, também do CPC. Não há obstáculo, assim, para que se aplique também o § 3º do ai1. 5 1 5.

Em segundo lugar, é preciso investigar em quais casos há remessa necessária de sentenças terminativas. Isso porque o § 3º do art. 5 1 5 do CPC pressupõe ter havido sentença em que não se examinou o mérito da causa. Já se viu que sentenças terminativas contra o Poder Público não se sujeitam ao reexame necessário.

Mas não se pode ignorar que a sentença terminativa em ação popular (art. 1 9

da Lei 4.7 1 7/ 1 965) e em ação civil pública que serve de inst:rwnento de proteção de direitos de pessoas portadoras de deficiência (art. 4º, § l º, Lei n. 7.853/1 989) submete-se ao reexame necessário.

Nesses casos, não vemos qualquer obstáculo à aplicação analógica do § 3° do a11. 5 1 5 do CPC, permitindo que o h·ibunal, reformando a sentença no julgamento da remessa necessária, avance e julgue o mérito da causa, se houver condições para isso.



CAPÍTULO X l ll

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Sumário • 1. Previsão legal -2. Natureza jurídica do pedido de suspensào -3. Legitimidade para o ajuizamento do pedido de suspensão - 4. Competência para o pedido de suspensão - 5. Procedimento do pedido de suspensão - 6. Duração da suspensão concedida - 7. Do agravo interno contra a decisão cio pedido de suspensão - 8.

Da renovação do pedido de suspensão para o tribunal superior-9. Da suspensão para várias decisões similares e do pedido de adiantamento - 1 O. Da possibilidade de utilização concomitante ele agravo de instrumento e de pedido ele suspensão dos efeitos ela liminar.

1. PREVISÃO LEGAL

A suspensão de segurança (em mandado de segurança) está prevista no art.

1 5 da Lei nº 1 2. 0 1 6/2009, que assim dispõe:

Art. 1 5 . Quando, a requerimento de pessoa juridica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5

(cinco) dias, que será levado a j ulgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1 º. Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2°. É cabível também o pedido ele suspensão a que se refere o § 1 º deste artigo, quando negado provimento a agravo ele instrumento interpost.o contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3°. A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o j ulgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4°. O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em j uízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5°. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estenderos efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

O pedido de suspensão foi introduzido no ordenamento juxídico brasileiro pela Lei nº 1 9 1 / 1 936, que regulou o mandado de segurança previsto na Constituição Federal de 1 934. Sua finalidade consistia em conferir efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão favorável ao impetrante, tendo em vista o princípio 543

da supremacia do interesse público sobre o particular. A regra restou mantida no Código de Processo Civil de 1 939 que, ao regular o mandado de segurança, introduziu, no pedido de suspensão, suas causas justificadoras, quais sejam, as de evitar lesão à ordem, à saúde ou à segurança públicas. Posteriormente, a Lei nº 1 .533/ 1 95 1 , ao prever o instituto, não se referiu aos motivos do requerimento de suspensão, deixando ao ah·ed.rio do presidente do tribunal a justificativa para o deferimento ou não da suspensão de segurança. O a1t. 1 3 da Lei nº 1 .533/ 1 9 5 1

só se referia à suspensão da execução da sentença. Suprindo essa omissão, a Lei nº 4.348/1 964 previu expressamente o pedido de suspensão de 1 iminar e de sentença, definindo seus motivos: a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Reproduzindo a regra, o art. 1 5 da Lei nº 1 2.0 l 6/2009 prevê o pedido de suspensão em mandado de segurança, permitindo que a pessoa jurídica de direito público ou o Ministério Público dirija tal pedido ao presidente do respectivo tribunal.

Na verdade, passou-se a adotar, por convenção ou por tradição, a terminologia de suspensão de segurança', porquanto o pedido de suspensão foi, originariamente, criado para o processo de mandado de segurança, com vistas a suspender os efeitos da liminar ou da segurança concedida por sentença.

Atualmente, contudo, o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença contém efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. Daí se poder dizer que, hoje em dia, há a suspensão de liminm: a suspensão de segurança, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de cautelm: a suspensão de tutela antecipada e assim por diante.

A ação civil pública está disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1 985, cujo a.rt. 1 2 permite ao juiz c;onceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. Juntamente com o agravo, é possível, sendo a liminar concedida contra a Fazenda Pública, ou havendo interesse desta última que tenha sido atingido pelo provimento de urgência, haver o pedido de suspensão dirigido ao presidente do respectivo tribunal. Esse pedido de suspensão contém previsão no § 1 ° do referido art. 1 2 da Lei nº 7.347/ 1 985.

De acordo com o STF, se o provimento tiver sido proferido em ação de controle abstrato de constitucionalidade, não cabe o pedido de suspensão, revelando-se como via inadequada para tanto2• O fundamento é o seguinte: "a ação direta de inconstitucionalidade

! . CAYALCANTE, Mantovanni Colares. Mandado de segurança. São Paulo: Dialética, 2002, p . 167.

2. Ementa: Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Lei Municipal 3.587/2003. Tribunal de Justiça Estadual. Declaração de Lnconstitucionalidacle. Norma que reproduz Dispositivo da Constituição Federal.

544

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

tem como propósito a defesa da ordem constitucional vigente, seja ela federal ou estadual.

É instrumento, po11anto, que já se encontra, nessa ótica, no mesmo plano finalístico do instituto da suspensão, qual seja, a defesa da ordem pública, exatamente na sua acepção j urídico-constitucional. Ao revigorar, em sede de pedido de suspensão, a eficácia de uma norma estadual ou municipal, a Presidência do Supremo Tribunal Federal nada mais estaria fazendo do que reavaliar, numa espécie de instância revisionai cautelar, o próprio juízo preliminar de existência de lesão à ordem constitucional local levada a efeito no Tribunal de Justiça estadual" (STF, SL 73-AgRg, rei. min. Ellen Gracie).

A execução de liminar nas ações movidas conh·a a Fazenda Pública pode ser suspensa, caso haja igualmente grave lesão a um dos aludidos interesses públicos relevantes, ou, ainda, em sendo flagrantemente ilegítimo o provimento de urgência deferido. As medidas cautelares e demais li minares contra a Fazenda Pública estão, em outras palavras, sujeitas igualmente a um pedido de suspensão a ser intentado perante o presidente do respectivo tribunal. Tal pedido de suspensão encontra escoro no art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1 992, sendo certo que esse dispositivo aplica-se à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado. É o que estabelece o § 1 ° do mencionado art. 4° da Lei nº

8.437/1992. Essa lei traz o regramento mais exaustivo sobre o pedido de suspensão de segmança: além do caput, são nove parágrafos que disciplinam o procedimento deste incidente processual. É possível dizer, então, que se trata do regime jurídico geral para o pedido de suspensão de segurança.

Tal dispositivo aplica-se à tutela antecipada concedida contra a Fazenda Pública, por força do art. 1° da Lei nº 9.494, de 1 O de setembro de 1 997.

O habeas data está regulamentado na Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1 997.

Ali se estabelecem os requisitos e todo o procedimento para o remédio constitucional do habeas data, fixando-se que da sentença que conceder ou negar o habeas data cabe apelação (art. 1 5), sendo certo que, quando a sentença for concessiva, tal recw-so terá efeito meramente devolutivo (art. 1 5, parágrafo único). Quanto ao pedido de suspensão, vem previsto no art. 1 6 da mencionada Lei nº 9.507/ 1 997.

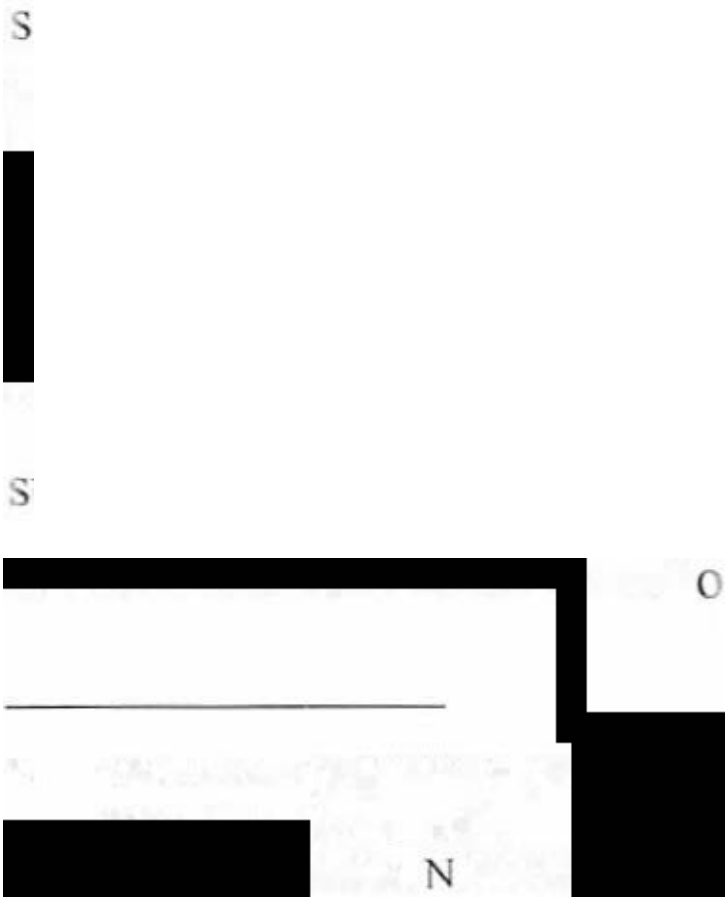
Recurso Extraordinário. Admissibilidade. Suspensão de Liminar. Hipóteses de

Cabimento.

1 . Controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal que reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos entes ela Federação. Competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade ele interposição de recurso extraordinário se a interpretação conferida à legislação contrariar o sentido e o alcance de dispositivo ela Carta Federal. Precedentes.

2. Representação de inconstitucionalidade. Concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da norma. Pedido de suspensão ele liminar. Via processual inadequada para sustar os efeitos da cautelar concedida no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Lei 8.437/92. Processo objetivo.

Inaplicabilidade. Precedentes." (Acórdão unânime do Pleno do STF, SL 1 O AgR/SP, rei. Min. Maurício Corrêa, j. 1 1/3/2004, DJ de 1 6/4/2004, p. 53).



suspensão,

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNllA

Aí está, pois, a disciplina legal do pedido de suspensão, cabível nos casos previstos nos citados dispositivos.

2. NATUREZA JURÍ DICA DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

O pedido de suspensão não detém natureza recursai, por não estar pre- visto em lei como recurso e, igualmente, por não gerar a reforma, anulação nem desconstituição da decisão liminar ou antecipatória. Desse modo, o requerimento de suspensão não contém o efeito substitutivo a que alude o art. 5 1 2 do CPC3•

O Superior Tribunal de Ju tiça entende que o j uízo exercido no julgamento do pedido de suspensão ostenta feição política4, daí resultando não ser cabível o Recurso Especial5. Isso porque tal apelo extremo visa a combater argumentos que digam respeito a exame de legalidade, e não a análise de juízo político.

O STF também entende não caber recurso extraordinário de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão.

Na realidade, o pedido de

ao contrário do que possa parecer, não

provoca atividade aclministratiYa do presidente do tribunal, que, no seu exame, não exerce juízo político. E nem poderia ser diferente, já que não seria correto admitir que uma decisão administrativa ou política atingisse uma decisãojudicia/6. Além do mais, se a atividade, nesse caso, fosse administrativa, poderia o presidente do tribunal agir ele ofício, não necessitando de requerimento da Fazenda Pública para suspender provimentos de urgência7.

Com efeito, muito embora os tribunais superiores atribuam ao pedido de suspensão a natureza de atividade político-administrativa, o certo é que tal incidente contém nítida feição judicial, em cujo âmbito se analisa a violação a interesses públicos, como segurança, ordem, saúde e economia. A depender dos elementos concretos da causa é que se poderá avaliar a lesão perpetrada a um desses interesses públicos relevantes. A impossibilidade de interposição, no caso, de recurso especial e de recurso extraordinário nã decorre de sua suposta natureza administrativa ou 3.

"Arl. 5 1 2. O julgamento proferido p.:lo tribunal substiruirá a scnlença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso".

4.

Com essa opinião, ORTHFLEET, Ellea Gracie. ·'Suspensão de sentença e de liminar". Rel'is1a de Processo. São Paulo: RT, 2000, n. 97. p 1 84.

5.

STJ, I' T.. REsp n . 768.480/RJ, rei. 'vlin. José Delgado, j. 17 .1 1 .2005, publicado no DJ de 05.12.2005, p.

243.

6.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança: Suswçrio da eficácia de decisàojudiciaf proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000, p. 96.

7.

BRA DÃO, Flávia Monteiro de Ca-mo. "A suspensão das medidas de urgência nas ações contra o Poder Público à luz do devido processo legal". Revis1a Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 4. p. 3 1 .



política; resulta, isto sim, da vedação, no espectro de tais recursos, à análise de matéria de fato ou de prova, pois a lesão a tais i nteresses depende, muitas vezes, do contexto fático contido na demanda. No entanto, é bom lembrar, as hipóteses de cabimento do pedido de suspensão de segurança trazem conceitos jurídicos indeterminados, que podern ser controlados por recuJSo especial, embora seja mais dificil esse controle, porquanto normalmente envolva o reexame de questões fáticas. Sobre o tema, ver item específico no capítulo sobre os recursos excepcionais.

Independentemente de se lhe atribuir natureza administrativa, política ou judicial, não restam dúvidas de que o pedido de suspensão constitui incidente processual8, com fu1alidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão sua eficácia. No seu âmbito não se examina o mérito da controvérsia principal, quilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes.

De qualquer maneira, o pedido de suspensão de segurança é um ato postulatório. Como todo ato postulatório, há pedido e causa de pedir. O pedido, aqui, é o da sustação da eficácia da decisão impugnada, sem que se peça sua anulação ou reforma. A causa de pedir é a violação a um dos interesses juridicamente protegidos previstos nas hipóteses de cabimento já examinadas (paz social, ordem pública, economia etc.). Eis, assim, o mérito do pedido de suspensão de segurança, dado muito importante para distinguir esse instituto de um recurso. Bem examinado o tema, é co1Teto dizer que o pedido de suspensão de segurança é um incidente que visa tutelar interesse difuso.

3. LEGITIMJDADE PARA O AJUlZAMF.NTO DO PEDJDO OE SUSPEN SÃO

O pedido de suspensão pode ser intentado por pessoa jurídica de direito público, ou seja, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, pelas autarquias e fundações públicas. Como as agências reguladoras são consideradas autarquias especiais, podem igualmente ajuizar pedido de suspensão ao presidente do tribunal. Enfim, todos aqueles que integram o conceito de Fazenda Pública podem valer-se da dessa medida de contracautela.

O Ministério Público também ostenta legitimidade para ajuizar o pedido de suspensão ao presidente do tribunal - lembre-se que o objeto litigioso neste

incidente é a proteção a um interesse difuso. A legitimidade do M P está prevista no 8.

Assim, também, Suspensão de segurança: S11s1açàa da eficácia de deciscio judicial proferida canlra o Poder Públic<r. São Paulo: RT, 2000. p. 92.

547



caput do art. 4° da Lei Federal n. 8.437/1992, mas pode ser estendida, por analogia, a todas as hipóteses de pedido de suspensão de segurança.

As concessionárias de serviço público, que se revistam da condição de empresas públicas ou sociedades de economia mista, são pessoas jmídicas de direito privado, não se encartando, pmtanto, no conceito de Fazenda Pública. Por essa razão, não estariam legitimadas, em princípio, a intentar o pedido de suspensão junto ao Presidente do Tribunal competente.

Conquanto não se encaixem no conceito de Fazenda Pública nem desfrutem da condição de pessoas juridicas de direito público, as concessionárias de serviço público integram a Administração Pública indireta, exercendo atividade pública.

Se, no exercício dessa atividade pública, houver algum provimento de urgência ou de cumprimento imediato que cause lesão à ordem, à economia, à saúde ou à ordem pública, cabe o pedido de suspensão pela concessionária de serviço público9.

As concessionárias de serviço público somente podem valer-se do pedido de suspensão, se houver interesse público, ou seja, se a decisão que se pretende suspender ofende o interesse público. Se, diversamente, o que há é mero interesse paiticular da concessionária, não se admite o pedido de suspensão.'º

De igual modo, o prefeito municipal, alijado do exercício do mandato, por efeito de medida liminar, tem legitimidade para requerer a suspensão desta11• É

9.

CÂMARA, Alexandre Freitas. As sociedades de economia mista em juízo. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética. 2004, p. 18-19.

10. "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. BRASIL TELECOM S/A. LICITAÇÃO.

FORNECfMENTO DE ACESSO À INTERNET. CONCORRÊNCIA COM EMBRATEL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. NÃO-CO

NHECIMENTO DO AGRAVO. SÚMULA 1 82/STJ. 1. São partes legítimas para pleitear suspensão de execução de decisão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito públicC>, nos termos da Lei nº 4.348/64, art. 4°. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido também o ajuizamento da excepcional medida por entidades de direito privado no exercício de atividade delegada da Administração Pública, como as sociedades de economia mista e as concessionárias prestadoras de serviço público, quando na defesa de interesse público, naturalmente. 3. Tal construção jurisprudencial tem a finalidade de assegurar a preservação do interesse público, evitando-se a sobreposição do interesse pri,ado. 4. Evidencia-se a ilegitimidade da Brasil Telecom SIA para propor pedido de suspensão de segurança, tendo em vista que manifesta o intuito de defender interesse próprio, eminentemente particular, pretrndendo a adjudicação de contrato com órgão público, em igualdade de concorrência com outra concessionária pública, a Embraiei. 5. Constitui pressuposto objetivo de admissibilidade de qualquer recurso a motivação, cumprindo ao recorrente não apenas declinar as razões de seu inconformismo, mas atacar precisamente os ftindamentos que embasaram a decisão recorrida (CPC, art. 5 14, íl). 6. Ausente a impugnação d s fundamentos da decisão que negou seguimento ao pedido de suspensiío, esta permanece íntegra. Súmul; nº 182 do STJ. 7. Agravo regimental não-conhecido". (Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, AgRg na SS l .277fDF, rei. Min. Edson Vidigal,j. 25110/2004, publicado no DJ

de 06t12no04, p. 1 74).

1 1 . Acórdão unânime do Pleno do STF, SS 444 AgRIMT, rei. Min. Sydney Sanches, j. 20/05/1992, DJ de 04/0911992, p. 1 4.088.

que a questão envolve nítido interesse público, a permitir o uso da medida de contracautela.

Para ajuizar o pedido de suspensão ao presidente do tribunal, "pouco importa se a pessoa jurídica tenha sido parte no processo. Nada impede que tal incidente seja o primeiro momento de intervenção deste terceiro que até então não paiticipara do feito. Claro que a partir do momento em que é admitido o seu ingresso, deixa a condição de terceiro prejudicado e passa a ser mais um sujeito

no processo".12

4. COMPETÊNCIA PARA O PEDIDO DE SUSPENSÃO

O provimento liminar ou antecipatório deferido por um juízo de primeira instância poderá ter sua eficácia sustada por decisão tomada no âmbito do pedido de suspensão pelo presidente do tribunal ao qual esteja vinculado. Desse modo, deferido um provimento liminar por um juízo de primeira instância, é possível o ajuizamento do pedido de suspensão para o presidente do tribunal ao qual aquele juiz esteja vinculado.

Em outras palavras, a competência para apreciar o pedi.do de suspensão é do presidente do tribunal que teria competência para julgar o recurso contra a decisão concessiva do provimento liminar, antecipatório ou final de mérito. Assim, concedida, por exemplo, uma liminar por um juiz federal, o pedido de suspensão será intentado perante o presidente do respectivo TRF. Sendo, por sua vez, concedido provimento de urgência por um juiz estadual, o pedido de suspensão deve ser ajuizado perante o presidente do respectivo tribunal de j ustiça. E nem poderia ser diferente, pois, diante da hierarquia própria do Poder Judiciário, os juízes devem respeito e obediência aos tribunais aos quais estão vinculados, não estando obrigados ao cumprimento de decisões exaradas por tribunais que não exerçam ascendência hierárquica sobre eles.

Desse modo, nas hipóteses em que o juiz estadual esteja exercendo competência federal (CF/88, art. 1 09, § 3º), o pedido de suspensão será intentado perante o presidente do Tribunal Regional Federal que abranja aquela área geográfica. Isso porque, nesse caso, o juiz estadual está dotado de competência federal, estando submetido, hierarquicamente, ao respectivo TRF.

Caso, todavia, o provimento liminar ou antecipatório seja concedido, originariamente, pelo tribunal, o pedido de suspensão deverá ser intentado junto ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Presidente Superior Tribunal de Justiça, quando 12. RODRIGUES, Marcelo Abelha. S11spe11s<io de segurança: Sustaçàò da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público, cit., p. 120.



S

a causa tiver por fundamento, re pectivamente, matéria constitucional ou infraconstitucional (rut. 25 da Lei Federal n. 8.038/1 990). Com o advento da Lei n. 1 1 . 1 87/2005, a decisão do relator que co11cedc efeito suspensivo ou tutela antecipada recmsal em agravo de instrumento (CPC, ati. 527, III) passou a ser irreco1TÍvel, cabendo simples pedido de reconsideração. Diante disso, como não cabe mais o agravo interno, é possível ajuizar-se, desde logo, a suspensão de

liminar ao presidente do STF ou do STJ, sendo a matéria, respectivamente, constitucional ou infraconstitucional.

E se a causa de pedir da petição inicial do autor contiver fundamentos constitucional e infraconstitucional. o pedido de suspensão deve ser dirigido ao Presidente do STF ou ao Presidente do STJ? Há quem defenda que, numa hipótese como essa, dever-se-ia aplicar. por analogia, o disposto no art. 543 do CPC, de sorte que seria ajuizado o pedido de suspensão para o Presidente do STJ. Caso este entendesse ser a matéria constitucional, remeteria o pedido ao Presidente do STF, o qual, não concordando, devolveria para o Presidente do STJ13•

Rogando as escusas de praxe, não parece ser esse o expediente a ser adotado.

Com efeito, havendo matéria constitucional, a competência para o pedido de suspensão é do Presidente do STF, tal como se infere do teor do art. 25 da Lei nº

8.038/ 1 990, ainda que venha cumulada ou imb1icada com uma outra matéria de índole infraconstitucional. A matéria c nstitucional absorve a matéria infraconstitucional, atribuindo-se a competência para o pedido de suspensão ao Presidente do STF.

5. PROCEDJM ENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

O pedido de suspensão é formulado por meio de uma petição dirigida ao presidente do tribunal. Por aí já se percebe não ser possível que haja deferimento de suspensão de oficio; é preciso existir provocação da Fazenda Pública interessada ou do Ministério Público.

Não há requisitos formais previstos em lei para o pedido de suspensão; exige

-se, apenas, que haja requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do MP. Embora não haja a fixação de requisitos formais, deve o requerente, no pedido de suspensão, narrar os fatos e fundamentos da demanda em que proferida a liminar ou decisão que se pretende suspender. Deve, demais disso, demonstrar o teor da decisão hostilizada e o dano a um ou mais dos interesses públicos primários (saúde, economia, segurança e/ou ordem pública). E, finalmente, cumpre formular o requerimento final, postulando a suspensão ela decisão.

13. BUE O, Cassio Scarpinella. Manda lo de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 194.

550



Prnmo DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Apresentada a petição do pedido de suspensão, o presidente do tribunal poderá adotar uma das seguintes medidas:

a) determinar a "emenda" ou complementação ela petição, com o esclarecimento ele algum detalhe ou ajuntada de algum documento essencial que não tenha sido trazido, a exemplo da cópia da decisão que se pretende suspender; b) denegar o pedido de suspensão, por não vislumbrar a lesão à ordem, à economia, à saúde nem à segurança pública;

c) determinar a intimação do autor e do Ministério Público para que se pronunciem em 72 (setenta e duas) horas (art. 4°, § 2°, da Lei Federal n. 8.437/1 992).

Note-se que o mencionado dispositivo legal prescreve que o Presidente do Tribunal "poderá ouvir" o autor e o MP. É preciso compreender corretamente essa disposiçã.o, pois uma leitura apressada poderia levar ao entendimento equivocado de que o contraditório, neste incidente, pode ou não ocorrer14• Se o Presidente do Tribunal denegar o pedido liminarmente, realmente não há necessidade de estabelecer o contraditório. Se, porém, o Presidente admitir o incidente ou conceder liminarmente a suspensão da decisão, o contraditório se impõe, devendo ser intimados o autor e o Ministério Público, para se manifestarem sobre essa demanda.

d) conceder, liminarmente, o pedido, sobrestando o cumprimento da decisão, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (art. 4°, § 7°, da Lei n. 8.437/1992).

6. DURAÇÃO DA SUSPENSÃO CONCEDIDA

Não há limite temporal para o ajuizamento do pedido de suspensã.o; poderá ser intentado enquanto durar o risco de grave lesão a um cios interesses públicos relevantes. O marco final para que se possa ajuizar o pedido de suspensão é o trânsito em julgado. Enfim, o pedido de suspensão pode ser intentado a qualquer momento, enquanto persistir a grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas e, igualmente, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado; e

"é mesmo possível que a potencialidade de risco surja em momento posterior ao da prolação da liminar ou sentença alacadas"15.

14. Assim, por exemplo. o pensamento de Ellcn Grncie Northílcet, com o qual não se concorda: "O requerimento de suspensão não consti1ui, portanto, recurso e, menos ainda ação. Nele não há espaço para contraditório, ainda que o

Presidente possa, a seu exclusivo critério, ouvir a parte requerida e o órgão do M inis1ério Público". (NORTHFLEET, Ellen Gracic. "Suspensão de sentença e de liminar". Revis1a de Processo. São Paulo: RT, 2000, n. 97. p. 184).

1 5. NORTHFLEET, Ellen Gracie . .. Suspensão de sentença e de liminar". Revis/a de Processo. São Paulo: RT.

2000, n.97, p. 188.

551

Uma vez acolhido o pedido de suspensão, a sustação da eficácia da decisão liminar ou antecipatória "vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal"(§ 9° do art. 4º da Lei n. 8.437/1992).

A regra da ultratividade da suspensão deferida pelo presidente do tribunal parecia não se aplicar ao processo de mandado de segurança, por com ele não ser compatível. Além do mais, no mandado de segurança não há "ação principal", cuja sentença vá transitar em j ulgado. O pedido de suspensão, no mandado de segurança, estava disciplinado pela Lei nº 4.348/ 1 964. O § 2° do art. 4º da Lei nº

4.348/1964 determinava que se aplicassem ao pedido de suspensão em mandado de segurança os §§ 5° a 8º do art. 4° da Lei nº 8.437/1 992, não havendo, portanto, a extensão da regra encartada no § 9º. Logo, não havia previsão de ultratividade no deferimento do pedido de suspensão, quando se ti-atasse de mandado de segurança 16.

O Supremo Tribunal Federal entendeu diferente.

A propósito, assim é o que está dito no enunciado n. 626 da súmula do STF:

"A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em j ulgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal. desde que o objeto da limjnar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração". Ratifica-se, aqui, o que foi dito no item 1 deste capítulo: o regime jurídico do pedido de suspensão previsto no art.

4° da Lei Federal n. 8.437/1992 está sendo encarado como um regramento geral, até por ser o mais exaustivo.

Uma vez deferida a suspensão de liminar, seus efeitos prolongam-se até o trânsito em julgado da decisão final. Daí por que, determinado o cumprimento de acórdão superveniente, cabível reclamação para o STF por desrespeito à decisão de seu Presidente que suspendera a liminar e, consequentemente, o superveniente acórdão17•

Para que a suspensão da 1 imjnar tenha, no mandado de segurança, ultra-

atividade, ou seja, para que ela perdure até o trânsito em julgado da decisão final, é preciso, 16. BUENO, Cassio Scarpinella. Uminar em mandado de segurança. 2 ed. São Paulo: RT, 1 999, p. 241 -247.

Em sentido contrário, admitindo a ultra-atividade wmbém para o processo de mandado de segurança: SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. "Da ultra-atividade da suspensão de liminar em writ". Revis/a dos Tribunais. São Paulo: RT, 1994, n. 701, p. 22-29.

17. "Persiste, após a concessão da seguraoça pelo Tribunal estadual, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal, que, fundada no art. 4° da Le nº 4.348-64, suspendeu a execução de liminar dotada dos mesmos efeitos do mandado deferido no mérito. Reclamação julgada proccdcmc por maioria de votos." (Acórdão não unânime do Pleno do STF, Rei 429/SC, rei. Min. Octávio Gallotti, j. 1 4. 1 0. 1 993, publicado no DJ de 18.05.200 1 , p. 65) .

. 552

no entendimento fümado pelo STF, que o fundamento da sentença coincida com o da liminar. Vale dizer que, proferida a sentença, e mantida a mesma situação que deu ensejo à suspensão da liminar, devem ser suspensos também os efeitos da sentença. Se, ao contrário, a sentença vier a ser proferida sob novas condições de fato ou de direito, que afastem o motivo que gerou a suspensão da liminar, estará, então, afastada a ultra-atividade da suspensão que já fora deferida. De acordo, mas e aquela discussão que o STJ vem travando sobre uma preclusão hierárquica?

Como o pedido de suspensão existe para que se preserve o interesse público primário, evitando-se a consumação de grave lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas, seria desgastante, arriscado, temerário e até contrário ao interesse público, exigir que o Poder Público tivesse que ajuizar novo pedido de suspensão, desta feita de nova decisão, quando ainda persistem os mesmos motivos que renderam ensejo ao deferimento da suspensão de liminar.

É bem verdade que não parece lógico manter suspensa a sentença e as decisões posteriores, antes mesmo de elas existirem. Parece necessário, contudo, manter coerência e unidade no sistema, evitando que a lesão que se evitou com o deferimento da suspensão de liminar, se consume, quando sobrevenha sentença ou qualquer outra decisão posterior.

Demais disso, o enunciado n. 626 da súmula do STF parece estar preservando a hierarquia entre os órgãos jurisdicionais. Imagine-se a hipótese de o presidente do tribunal conceder o pedido de suspensão, vindo sua decisão a ser corrfinnada pelo Plenário ou pela Corte Especial. Mesmo tendo havido a concessão da medida de contracautela, com sua confirmação pelo órgão máximo do tribunal, é comum haver situações em que o juízo de primeira instância açoda-se em proferir sentença de procedência na demanda originária, com o que pretende que se considerem revogadas tanto a decisão do presidente como a que a con:finnou, da lavra do órgão máximo do tribunal. Para que se evite tal situação, a suspensão da liminar, determinada pelo presidente do tribunal, vigora até o trânsito em julgado da sentença de mérito.

Como se vê, a decisão que defere o pedido de suspensão vigora até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida no processo principal.

7. DO AGRAVO INTERNO CONTRA A DECISÃO DO PEDIDO DE SUS

PENSÃO

Da decisão do presidente do tribunal que defere ou indefere o pedido de suspensão cabe - na dicção do § 3° do art. 4° da Lei nº 8.43 7 / 1 992 agravo interno

-

para o Plenário ou Corte Especial. Se o tribunal tiver menos de 25 (vinte e cinco) membros, as decisões de seu presidente são revistas pelo plenário. Tendo o

mais de 25 (vinte e cinco) membros, poderá constituir corte especial, dentre cujas atribuições está a de revisar as decisões do presidente do tribunal.

Referido agravo interno deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, não havendo necessidade de inclusão em pauta.

Quando o pedido de suspensão era intentado em razão de uma decisão proferida no processo de mandado de segurança, o agravo interno estava previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/ 1 964. Tal dispositivo somente previa o agravo da decisão que deferisse o pedido de suspensão, fixando-lhe o prazo de 1 0 (dez) dias. Em se tratando de decisão denegatória, não havia possibilidade de se interpor o recurso, por falta de previsão legal. Essa, aliás, foi, durante muito tempo, a orientação ministrada pelo Supremo Tribunal Federal e, igualmente, pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o enunciado 506 da súmula do STF estabelecia que: "o agravo a que se refere o art. 4° da Lei nº 4.348, de 26.6.64, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a denega". Na esteira desse entendimento, assim dispunha o enunciado 2 1 7 da súmula do STJ: "não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Questão de Ordem na Suspensão de Segurança nº 1 .945/ AL, resolveu cancelar o n. 506 da sua súmula. Na trilha da nova orientação firmada pelo STF, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em j ulgamento do dia 1 6 de junho de 2003, ao apreciar o agravo regimental na SS 1 . 1 66-SP, admitiu, por maioria de votos, o agravo interno contra a decisão do Presidente que indeferiu o pedido de suspensão em mandado de segurança, o que gerou o cancelamento do verbete n. 2 1 7 da súmula da jurisprudência predominante do STJ.

Então, a partir desse novo entendimento, da decisão do presidente que defere ou indefere o pedido de suspensão cabe o agravo interno, ainda que se trate de processo de mandado de segurança.

O art. 1 5 da Lei nº 1 2.01 6/2009, reproduzindo a redação do art. 4º da Lei nº

4.348/1 964, prevê o agravo interno somente da decisão que defere o pedido de suspensão. Pelas razões já expostas, não se deve restringir o cabimento do agravo interno, sendo certo que este se afigura cabível, no prazo de cinco dias, tanto do deferimento como do indeferimento do pedido de suspensão.

Parece, então, que, indeferido o pedido de suspensão, mesmo que seja em mandado de segurança, o prazo do agravo interno será de 5 (cinco) dias. Nesse



caso, não se aplica o a11. 1 88 do CPC, não havendo prazo em dobro. O prazo para a interposição do agravo interno é de 5 (cinco) dias. O Supremo Tribunal Federal sempre aceitou a aplicação do prazo em dobro para o agravo interno. E continua aceitando, a não ser para aqueles casos em que há prazo legal especifico. Não se aplica o art. 1 88 do CPC para o agravo interno previsto no art. 4° da Lei nº

8.437/ 1 992, que incide também no processo de mandado de segurança. É que

se trata de prazo legal específico, relativo ao agravo a ser interposto contra a decisão de denega o pedido de suspensão18•

Tudo está a demonstrar, em suma, que tanto da decisão que defere como da que indefere o pedido de suspensão cabe o agravo interno, a ser interposto no prazo 5 (cinco) dias.

O agravo pode ser interposto, enfim, contra a decisão do Presidente do Tribunal que: a) rejeita liminarmente o pedido de suspensão; b) concede liminai111ente o pedido de suspensão; c) concede em caráter definitivo o pedido de suspensão, após o contraditório; d) denega em caráter definitivo o pedido de suspensão, após o contraditório.

8. DA RENOVAÇÃO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO PARA O TRIBUNAL SUPERIOR

Já se viu que, deferida uma liminar ou um provimento de urgência por um juiz de primeira instância, o pedido de suspensão será dirigido ao presidente do tribunal ao qual aquele magistrado esteja vinculado. Caso a liminar venl1a a ser concedida, originariamente, pelo tribunal, o pedido de suspensão é intentado perante o presidente do STF ou perante o presidente do STJ, a depender da natureza da matéria contida na causa petendi da petição inicial, constitucional ou infraconstitucional.

Cumpre concentrar-se na hipótese de a liminar ou o provimento ter sido concedido por um juiz de primeira instância. Nesse caso, não custa repetir que o pedido de suspensão é endereçado ao presidente do respectivo tribunal, o qual poderá deferir ou indeferir o pleito de suspensão.

Deferido o pedido de suspensão, restará atendido o interesse manifestado pela fazenda Pública, franqueando-se ao autor da ação originária interpor um agravo interno que será apreciado pelo Pleno ou pela Corte Especial, a depender da composição do tribunal. Não vindo a ser provido o agravo do autor, não lhe restará mais nada a fazer, porquanto, conforme já se acentuou, não cabe, segundo

18. Acórdão unânime do Pleno do STF, SS 2 . 1 98 AgR-AgR/PE, rei. Min. Maurício Corrêa, j. 03.03.2004, publicado no D.J de 02.04.2004, p. 10.



e

orientação já firmada pelo STF e pelo STJ, recurso extraordinário nem recurso especial de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão. Manter-se-á a suspensão até o trânsito em j ulgado da decisão de mérito na ação principal.

Uma vez rejeitado o pedido de suspensão, a Fazenda Pública poderá interpor, de igual modo, um agravo interno para o Pleno ou para a Corte Especial do

respectivo tribunal. Vindo a ser provido o agravo, quedará atendido o interesse manifestado pela Fazenda Pública, mantendo-se suspensa a liminar ou o provimento de urgência "até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal".

Nesse caso, não caberá recurso extraordinário nem recurso especial, consoante já dito e repetido.

Na hipótese de, deferida a suspensão, o agravo interno do autor vier a ser provido, serão restamados os efeitos da liminar ou do provimento de urgência. Não poderá a Fazenda Pública, em casos como esse, interpor recurso extraordinário nem recurso especial, pois, não custa repetir mais uma vez, tais apelos não são cabíveis no âmbito do pedido de suspensão. A mesma situação ocorre quando, rejeitado o pedido de suspensao, vier a ser mantida a decisão denegatória, com o desprovimento do agravo int mo interposto pela Fazenda Pública.

Ocorrendo uma dessas h ipóteses, permite-se que a Fazenda Pública renove o pedido de suspensão, desta feita para o presidente do STF ou para o presidente do STJ, caso o fundamento seja, respectivamente, constitucional ou infraconstitucional. É o que se extrai da regra contida no § 4° do art. 4° da Lei nº 8.437/199219•

Admite-se, como se observa, a renovação do pedido de suspensão para o respectivo tribunal superior, o qual Lrá, no caso, suspender ou não uma decisão de um juízo de primeira instância, num verdadeiro pedido de suspensão "por salto de instância ", assemelhando-se à hipótese do "recurso extraordinário por salto de instância " do direito argentino20.

Há quem considere inconstitucional esse novo pedido de suspensão de segurança, por se tratar, em verdade, de um recurso, pois se repele pedido que fora negado - e recurso para o STJ ou STF somente pode ser criado por emenda conslitu- cional21•

Além disso, fere-se o princípio da igualdade22•

19. "Se do julgamento do agravo de <jlle trata o § 3° resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, cabera novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal compelente para conhecer de eventual recurso esp<!cial ou extraordinário ...

20. CAVALCA TE, Mantovanni Colares. Mandado de segurança. São Paulo: Dialética, 2002, p. 1 7 1 - 1 73.

2 1 . "O 'novo' pedido de suspensão, assim, é forma de acesso imediato às Cortes Superiores, substituindo, com vantagens, eveut1ial recurso espedal ou recurso extraordinário que, pelo menos na letra do arl. 542, § 3°, do Código de Processo Civil, nem sequer leriam processamento imediato por serem interpostos de decisão liminar ... (BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192).

22. BUENO, Cássio Scarpinella. Ma 1dado de segurança, cil., p. 193; NERY Jr., elson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e l<'gislaçào extra1•aga111e. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1 .742.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A renovação somente é permitida após o julgamento proferido no agravo interno. Ainda que rejeitado o pedido de suspensão, a Fazenda Pública não poderá, desde logo, renová-lo ao tribunal superior. Deverá, antes disso, interpor o agravo interno e aguardar seu julgamento. Confirmada, no julgamento do agravo interno, a rejeiçã.o do pedido de suspensão, caberá, somente a partir daí, sua renovação para o presidente do respectivo tribunal superior.23

9. DA SUSPENSÃO PARA V Á RIAS DECISÕES SIMI LARES E DO PEDI

DO DE ADITAMENTO

De acordo com o § 8° do art. 4º da Lei nº 8.437/1 992, "as li minares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original".

Tal dispositivo aplica-se, igualmente, aos pedidos de suspensão de liminares ou sentenças proferidas no processo de mandado de segurança, mercê do disposto no § 5° do art. l 5 da Lei nº l 2.01 6/2009.

A regra atende à economia processual, permitindo-se que, numa única decisão, o presidente do tribunal suspenda, a um só tempo, várias liminares que tenham idêntico objeto, podendo-se, ainda, estender a suspensão já deferida a novas liminares que venham ser concedidas posteriormente. De igual modo, a regra elimina uma das maiores mazelas do processo civil moderno, que é a divergência jurisprudencial: ocorre, com frequência, situações em que um sujeito obtém determinado provimento de urgência, enquanto várias outras pessoas, nas mesmas condições, nã.o logram o mesmo êxito, causando uma ofensa ao princípio da isonomia e privilegiando aquele que, por sorte ou por um detalhe específico de sua demanda, conseguiu manter vigente o proviment24.

23. Em sentido contrário: "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PLEITO INDEFERIDO

PELO PRESJDENTE DO TIUBUNAL A QUO. FORMULAÇÃO DE NOVO PEDIDO PERANTE O

SUPERIOR TRlBVNAL DE J USTIÇA. AGRAVO INTERNO NA CORTE DE ORJGEM. DESNECES·

SIDADE. - Nos processos de incidência da Lei n. 8.437, de 30.6.1 992, o ajuizamcnto de novo pedido de suspcnsiío jumo ao Superior Tribunal de Justiça, após negado o primeiro pelo Presidente do Tribunal a quo, não se condiciona à interposição ou ao julgamento de agravo i111erno na origem. Precedente: AgRg na SL n. 96-AM. Agravo provido, a fim de que seja decidido o mérito do pedido de suspensão." (Acórdão por maioria da Corte Especial do STJ, AgRg na SLS 370/PE, rei. Min. Barros Monteiro, j. 06.06.2007, DJ ele 1 3.08.2007, p. 280).

24. A isonomia como critério para eliminação da elivergênciajurisprudcncial é

analisada por Rodolfo de Camargo Mancuso (Divergé11ciaj11rispr11de11cial esú11111/a vi11c11/a111e. 2 ed. São Paulo: RT, 200 1 , p. 1 14-1 37).

A propósito, é digno ele nota o seguinte trecho: "É nesse comexto do tratamento judicial isonômico aos casos assemelhados que se coloca a questão ela jurisprudência uniformizada (predominante/sumulada) e de 557



A possibilidade de o presidente do tribunal, nw1rn única decisão, suspender, a um só tempo, várias liminares ou provimentos de urgência conspira em favor do interesse público. É que, se em uma demanda que contenha, como parte autora, apenas uma pessoa, com insignificante expressão econômica, vier a ser concedida uma liminar, afigura-se sobremaneira dificil demonsh·ar· a ocorrência de grave lesão a um dos interesses públicos relevantes.

É corriqueiro, entretanto, haver casos que caracterizam as chamadas demandas de massas: milhares de pessoas que Litigam contra a Fazenda Pública encontram-se na mesma situação, em demandas diversas, com o mesmo objeto.

Desse modo, em face ele uma liminar ou de um precedente específico, seguirão na mesma trilha várias e várias pessoas, dando azo ao ajuizarnento de incontáveis pedidos de suspensão para o presidente do tribunal, cujo volume de trabalho irá elevar-se consideravelmente.

Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, desponta o efeito multiplicador como elemento relevante para o deferimento do pedido de suspensão. Assim, mesmo que a liminar beneficie, apenas, uma pessoa, haverá de ser deferido o pedido de suspensão, caso haja várias demandas similares em andamento, surgindo uma potencial lesão ao interesse público, com a

probabilidade de se concretizar o chamado efeito multiplicado1; caracterizado pela multiplicação de liminares a serem concedidas em demandas que contenham o mesmo objeto.

Nesse caso, em virtude da no1111a sob comento, além de ser possível deferir uma suspensão que atinja, a um só tempo, várias liminares, pode-se igualmente estender os efeitos de suspensão anteriormente concedida a vários ouh·os provimentos de urgência, sobrestando seus respectivos cumprimentos. Assim, concedida uma liminar, pode ser ajuizado um pedido de suspensão que U1e subtraía os efeitos. A superveniência de outras li minares poderá render ensejo a um simples pedido de aditamento, formulado naquele anterior pedido de suspensão, para que a decisão já deferida seja estendida a sses novos casos supervenientes, com o que se estará suspendendo, de igual modo, essas novas liminares.

sua aptidão para servir como parâmetro, in abs1rac10. para os casos pendentes e futuros nela subsumidos, objetivo para o qual se apresentam várias propostas e alternativas, com destaque atual para o fomento do caráter vinculante das súmulas. Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem cominuar recebendo respostas judiciárias absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais. mormente cm assuntos que empolgam milhare>. senão milhões, de cidadãos, como ocotTc nas chamadas demandas 1111ílliplas, ajuizadas em ra1..ào de certos interesses de massa, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou cm matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores." (p. 1).

PEDIDO OE SUSPENSÃO OE SEGURANÇA

1 O. DA POSSI BILIDADE DE UTI LIZAÇÃO CONCOMITANTE DE AGRA

VO DE INSTRUM ENTO E DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS

DA LIMINAR

O § 6º do art. 4° da Lei n. 8.437/1 992 diz o seguinte: "A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder

Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão".

Isso quer dizer que o ente público pode valer-se, contra a decisão liminar que lhe for desfavorável, ao mesmo tempo, de um recurso (agravo) e do pedido de suspensão, sem que se possa falar de preclusão consumativa ou falta de interesse processual na utilização de um desses meios, tendo havido o manejo do outro. Há um cúmulo e não um concurso de meios de impugnação. A intenção do legislador foi a de criar outro caminho para o Poder Público chegar mais rapidamente aos tribunais superiores.

A solução justifica-se na circunstância de possuírem esses remédios natureza e objetivos distintos, confom1e já se viu. Enquanto recurso tem o objetivo de reformar/invalidar a decisão, sob o fundamento de error in iudicando ou error in procedendo, o pedido de suspensão de segurança visa apenas à suspensão dos efeitos da decisão, sem discutir sobre a sua justiça ou validade.

Denegado o agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar, cabe a formulação de pedido de suspensão de segurança ao STJ ou STF, conforme a natureza da matéria discutida (§ 5° do art. 4° da Lei n. 8.437/1 992)25. É importante notar que não se trata de um novo pedido de suspensão de segurança, examinado linhas atrás. O pedido de suspensão é feito pela primeira vez, após a decisão do agravo de instrumento. Trata-se de aplicação do art. 25 da Lei n. 8.038/1 990, tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial contra acórdão em agravo de instrnmento (art. 542, § 3°, CPC, e súmula do STJ, n.

86: "Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento"). Os vícios de inconstitucionalidade apontados para o novo pedido de suspensão de segurança aqui não se verificam.

O § 3º do art. 1 5 da Lei nº 1 2 . 0 1 6/2009 reproduz o disposto no § 6° do art.

4° da Lei nº 8.437/ 1 992. Quer isso dizer que, no mandado de segurança, cabe contra l iminar concedida pelo juiz de primeira instância agravo de instrumento 25. "§5°. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o parágrafo anterior, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo".

e pedido de suspensão, sendo certo que um não impede o outro, nem o condiciona ou vincula. Enfim, é possível, no mandado de segurança, a interposição de agravo de instrumento e, também, o aju izamento do pedido de suspensão dirigido ao presidente do respectivo tribunal, podendo as medidas ser intentadas simultaneamente.

CAPÍTULO XJV

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

Sumário • 1. Generalidades - 2. A função do regimento interno dos tribunais - 3. Protocolo, registro e distribuição - 4. Conexão e prevenção - 5. Distinções: voto, julgamento e acórdão (a necessidade de ementa no acórdão) - 6. A tutela de urgência no âmbito recursai - 7. A produção de prova em tribunal - 8. Relator: 8. 1 .

Generalidades; 8.2. Análise do art. 557 do CPC; 8.3. O agravo interno - 9. Revisor - 1 O. O julgamento: 1 0. 1 .

A colcgialidade corno regra; 10.2 Convocação de outros juízes para a composição do quorum do julgamento; 10.3. Da ordem de julgamento, inclusão e publicação da pauta; 10.4. Exposição da causa pelo relator; 10.5.

Sustentação oral: 10.5. l Generalidades; 10.5.2. O momento para a apresentação da sustentação oral; 10.5.3. A publicidade corno meio ele viabilizar a sustentação oral; 10.S.4. Pedido ele sustentação oral; 1 0.5.5. Casos em que não se admite a sustentação oral; 1 0.5.6. Aplicação do art. 557 do CPC e o cabimento da sustentação oral; 10.5.7. Sustentação oral versus esclarecimento de fato. l 0.6. Pedido de vista; 10. 7. Julgamento separado do juízo de admissibilidade e de cada um dos pedidos cumulados; 10.8. Correção de defeito processual no julgamento em tribunal; l0.9. A dispersão de votos (quando não se atingiu a maioria). O voto-médio; 10.1 O. Modificação ele voto - 1 1 . Incidentes em julgamento de tribunal.

1 . GENERALIDADES

O Código de Processo Civil, nos a1ts. 547 a 565, trata da ordem dos processos no tribunal. Tais dispositivos estão encartados no Capítulo VII do Título X do Livro I, valendo dizer que o capítulo em que se inserem esses dispositivos está contido no título relativo aos recursos.

Embora inseridos no título concernente aos recursos, tais dispositivos aplicam

-se a quaisquer processos que tramitam no tribunal: recursos, ações originárias, i nc iden tes, todos, enfim, processos que a Li tenham curso expõem-se àquelas regras 1 •

E m geral, o procedimento no tribunal tem duas fases distintas: uma perante o relator, a quem se atribui a função de praticar todos os atos até a sessão de julgamento, e a outra, de competência do colegiado, que tem por finalidade o debate e o julgamento do caso2.

A essas regras contidas no Código de Processo Civil acrescem aquelas contidas nos regimentos internos dos tribunais, as quais, nos termos do art. 96, 1, a, da Constituição Federal, dispõem sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos j urisdicionais e administrativos.

A seguir, serão examinadas essas regras que se aplicam aos processos no tribunal.

1 .

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: RT, 2007, n . 27, p. 260; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Come11tários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 200 1 , v. 7, p. 364; M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, l.

8, p. 2 1 1 ; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e11/ários ao Código de Processo Civil. 6• edição. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, v. 5, n. 335, p. 556.

2.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 200 1 , V. 7, p . 364.



O

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

2. A FUNÇÃO DO REG I M ENTO l NTERNO DOS TRIBUNAIS

A Constituição Federal, em seu art 96, I, a, atribui aos tribunais o poder de elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o f-tmcionamento dos respectivos órgãos jurisdic10nais e administrativos.

Significa que os tribunais, mediante seus regimentos internos, disciplinam o funcionamento de seus órgãos, com a distribuição de competência a cada um deles.

Em outras palavras, a competência funcional e material dos órgãos internos dos tribunais deve ser definida em seus regimentos internos. Note que a competência material e funcional do tribtmal é estabelecida pela legislação (em sentido amplo); o regimento interno distribui a competência do tribunal internamente.

Ao atribuir esse poder aos tribunais, a Constituição Federal, distanciando-se da antiga sistemática lusitana, quando o regimento do tribunal constituía mera variante legislativa da monarquia absoluta, erigiu o Poder Judiciário a Poder do Estado, livrando-o da interferência dos demais poderes. A tarefa de fixar a competência interna de seus órgãos é privativa dos tribunais, não sendo possível que lei formal trate desse assunto, sob pena de inconstitucionalidade, por indevida invasão de atribuição privativa3.

Como se vê, o regimento interno dos tribunais é lei material, que dispõe sobre o funcionamento e a competência de seus órgãos internos, tratando, ademais, de regras relativas a registro, distribuição, prevenção, conexão e outras relacionadas com tal funcionamento e competência.

Há órgãos do tribunal em que o j ulgador que o preside profere voto, participando normalmente dos j ulgamentos. Há, diversamente, órgãos de tribunais em que seu presidente não profere votos: apenas ordena e preside o julgamento. Tudo isso depende do regimento interno do tribunal. O plenário ou a corte especial de um tribunal é presidido pelo presidente do próprio tribunal. Em muitos tribunais, a depender do regimento, o presidente somente profere voto nos casos em que ele for relator (como, por exemplo, no pedido de suspensão de segurança), ou quando houver empate, ou quando houver discussão de matéria constitucional. No STF, por exemplo, o Presidente, ao atuar no plenário, tem voto de qualidade em caso de empate.

3. PROTOCOLO, REGISTRO E DISTRIBUIÇÃO

Nos termos do art. 547 d CPC, "os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição".

3.

Acórdão do Pleno do STF, ADI 1 . 1 05-7-DF, rei. Min. Paulo Brossard, j. 03.08.1994. RTJ 177/1.

562



ÜA ORDEM DO PROCESSO NOS TRll3UNAIS

Embora o art. 547 do CPC refira-se a "autos remetidos", dando a entender que se aplicaria apenas a recurso ou a reexame necessário, o protocolo, o registro e a distribuição devem ser feitos não apenas nesses casos, aplicando-se também a

ações originárias, a incidentes e a simples petições dirigidas ao tribunal.

O protocolo é livro oficia14, devendo todo tribunal ter um livro oficial de protocolo5. Sua principal função é a de autenticar a data de apresentação dos autos ou petições, sendo possível, a par1ir daí, a obtenção de certidões ou, se for o caso, de recibo da entrega dos autos ou da petição6.

Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a oficias de primeira instância (CPC, art. 547, parágrafo único), facilitando o acesso aos tribunais, sobretudo para os que se localizam em comarcas distantes da sede do tribunal ou residem no interior.

O ordenamento jurídico brasileiro vem, gradativamente, contendo normas que facilitam e ampliam o acesso aos tribunais. Aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça se faculta a possibilidade de implementarem funcionamento descentralizado, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do j urisdicionado à justiça em todas as fases do processo (CF/88, arts. 107, § 3º; 1 1 5 , § 2º; 1 25, § 6º).

Além dessa possível atividade descentralizada, com a constituição de Câmaras Regionais, podem os tribunais, como dito, descentralizar os serviços de protocolo, delegando-os a oficias de primeira instância.

Isso tudo facilita e amplia o acesso aos tribunais, em prol de todos, máxime daqueles que residem no interior.

O registro deve ser feito no mesmo dia da apresentação da petição ou da chegada dos autos ao tribunal. Além da finalidade estatística, fiscal, histórica, administrativa e processual, o registro tem por objetivo garantir a publicidade dos atos processuais, em decorrência das regras insertas nos arts. 5°, LX, e 93, IX, da Constituição Federal.

Registrados os autos, cabe à secretaria verificar a numeração das folhas e ordená-los para distribuição, que, em regra, é supervisionada pelo Presidente ou Vice-Presidente do h·ibunal.

A distribuição de processos no tribunal será imediata, tal como impõe o inciso XV do art. 93 da Constituição Federal. Como o registro deve ser feito 4.

MI RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de

Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. l. VIII, p. 2 1 3 .

5.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: RT, 2007, 11. 29. 1 , p. 264.

6.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111entârios ao Código de Processo Civil. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V, 11. 337, p. 559.

no mesmo dia da apresentação da petição ou da chegada dos autos no tribunal, e considerando que a distribuição há de ser imediata, tais atos, atualmente, coincidem no momento de sua realização: protocolo, registro e distribuição devem ser fe itos imediatamente, no mesmo momento, em atendimento à aludida exigência constitucional.

A distribuição, segundo o art. 548 do CPC, há de ser feita de acordo com o regimento interno do tribunal. Como o tribunal é, essencialmente, um órgão colegiado, a distribuição desponta curial. Significa dizer que a distribuição é obrigatória nos tribunais. É pela distribuição que se define se o processo deverá encaminhar-se ao pleno ou a algum outro órgão do tribunal, estabelecendo, ainda, quem será o relator e, se for o caso, o revisor.

Segundo esclarece ARAKEN DE ASSIS, "Ao contrário do que ordinariamente se imagina, a distribuição de que cogita o art. 548 não é ao órgão fracionário (v.g., à 1• Câmara Cível). Distribui-se o recurso ou a causa ao Desembargador X ou ao Desembargador Y, nominalmente, respeitada a competência predetermi1iada do órgão fracionário. Em geral, a competência dos órgãos colegiados é ratione materiae, eventualmente ratione personae (v.g., figurando como parte pessoa jurídica de direito público), e tais disposições internas fixam a competência do magistrado na respectiva câmara, turma ou grupo de câmaras, conforme o número de juízes e a organização de cada Lribuna1"7•

Conquanto seja ato puramente administrativo, a distribuição produz consequências jw-ídicas. Daí a razão pela qual as leis processuais costumam fixar as regras jurídicas fundamentais sobre a distribuição8.

O disposto no art. 254 do CPC aplica-se às causas de competência originária de tribunal9, de sorte que é vedada a distribuição, se a petição não estiver acompanhada da procuração, salvo (a) se o requerente postular em causa própria, (b) se a procuração já constar dos autos principais e (c) nos casos de w-gência (CPC, art. 3 7).

A distiibuição constitui matéria afeta ao regimento interno do tribunal, tendo o Código de Processo Civil estabelecido, apenas, que as regras regimentais devem observar os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.

O Código de Processo Civil impôs a obediência a tais princípios. mas não cominou a pena de nulidade para o caso de seu descumprimento. Logo, trata-se de infração 7.

Manual dos recursos. São Paulo: RT, 2007, n. 29.2, p. 265-266.

8 .

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Come111ários ao Código de

Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 8, p. 2 t 5.

9.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6• edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, n. 338, p. 56 .

564

ÜA ORDEM DO PROCESSO OS TRIBUNAIS

sem nulidade cominada, aplicando-se, no particular, o disposto nos arts. 244 e 250

do CPC1º.

A tais princípios acresce o da obrigatoriedade da distribuição1 1 : em todos os tribunais, as petições, recursos, ações, incidentes que lhes forem encaminhados devem ser distribuídos.

É possível que, no âmbito interno do tribunal, determinado órgão detenha competênci a privativa para dada matéria. Mesmo nessa hipótese, haverá de ser realizada a distribuição, que, na espécie, ostentará mera declarativ idade12.

Feita a distribuição, cumpre divulgá-la. Com isso, atende-se ao principio da publicidade, possibilitando que as partes, seus procuradores e outros interessados possam conhecer o órgão julgador, o relator e, se for o caso, o revisor, de modo que se possa fiscalizar a distribuição e, até mesmo, corrigir eventual erro (CPC, arts. 255 e 256).

A escolha do órgão do tribunal que deve processar e julgar a causa ou o recurso deve decorrer de critérios objetivos, motivo pelo qual a distribuição bá de ser orientada por sorteio. A imposição de que a distribuição se submeta ao princ ipio do sorteio é ociosa. Ainda que não houvesse tal exigência, deveria ser obedecido o sorteio, como decorrência da garantia constitucional do juiz natural, que impede a "escollia" aleatória de j uízes ou órgãos jurisdicionais, exigindo-se o atendimento a critérios objetivos, previamente estabelecidos13.

As distribuições devem ser alternadas, ele modo a assegurar a obediência à rigorosa isonomia entre os órgãos do tribunal. O princ ípio da alternatividade não é violado pela regra regimental que atribua ao mesmo órgão o processamento e j ulgamento de mais de um recurso contra decisões proferidas num só processo14•

Muito embora devam as distribuições ser alternadas, há casos em que determinado processo deve ser distribuído, forçosamente, para um órgão ou relator específico, por já estar, por assim dizer, a ele vinculado. É o que ocorre, por exemplo, em 10. MIRA.i'IDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VIII, p. 2 1 7.

1 1 . M 1 RAl\'DA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111ários ao Código

de Processo Civil. cit., t. 8, p. 2 1 5

12. M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. cit., t. 8, p. 2 1 5.

13. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A pe1pe111alio jurisdiclionis no processo civil brasileiro. São Paulo: Tese de doutoramenlo apresentada e defendida na PUC/SP, 2006, p. 63.

14. FERREIRA Fl LHO, Manoel Caetano. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. Siio Paulo: RT, 200 1 , v.

7, n. 2ao art. 548, p. 367; M 1 RANDA, Francisco Cavalcan1i Pontes de. Comemários ao Código de Processo Civil. cit, L 8, p. 2 16; MOREIRA, José Carlos Barbosa Comenlários ao Código de Processo Civil. cit, n.

338, p. 561.

S

(

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA Cu HA

casos de conexão ou de prevenção, cujas hipóteses devem ser previstas no regimento interno do tribunal.

4. CONEXÃO E PREVENÇÃO

É possível referir-se à conexão como relação de semelhança entre recursos, interpostos em um mesmo processo e que devem dirigir-se a um mesmo juízo (câmara, seção, turma etc.) e. por óbvio, ao mesmo relator, que está prevente. É

por isso que o art. 559 do CPC determina que o agravo de instrumento seja julgado antes da apelação, se interpo tos ambos no mesmo processo. É o que também acontece com recursos interpostos contra uma mesma decisão: duas apelações contra uma mesma sentença, por exemplo.

Confira-se a lição de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI: "Em segundo grau, a prevenção se dá geralmente pelo conhecimento de um incidente ou impugnação, sendo certo que a turma julgadora que conhecer de um recurso acerca de determinada demanda atrairá, para julgamento, outros que sejam eventualmente interpostos no mesmo processo. Justifica-se a prevenção pela racionalização do serviço judiciário, sobrelevando-se aqui também a economia processual e a coerência das decisões em causas conexas"15•

Também é possível baver conexão de recursos que provenham de causas distintas, mas que sejam conexas: se as causas são conexas, os recursos nelas interpostos também o serão16• De igual modo, poderá haver conexão de recursos se provierem de causas que mante11ham entre si uma relação de acessório/principal, como ocorre entre a ação cautelar e ação de conhecimento/execução.

5. DISTINÇÕES: VOTO, JULGAMENTO E ACÓRDÃO (A NECESSIDADE

DE E MENTA NO ACÓRDÃO)

Os julgamentos, nos tribunais, devem, em princípio, ser realizados de forma colegiada. Os órgãos julgadores são, essencialmente, colegiados. Na sessão de julgamento, cada membro profere seu voto. O voto consiste, então, na manifesta

ção dada por cada julgador do órgão colegiado. Cada um profere seu julgamento, contido em cada voto proferido.

A reunião dos votos acaJTeta o julgamento pelo tribunal. O julgamento colegiado consiste na conjunção dos ' otos proferidos pelos membros do órgão j ulgador.

1 S. A causa pere11di no processo civil. 2' ed. São Paulo: RT. 200 1 . p. 220.

16. Ver, por exemplo, CARNEIRO, Alhos Gusmão. Jurisdição e co111pe1é11cia. 8' ed. São Paulo: Saraiva. 1 997.

nota 6 1 . p. 60; STJ, 6" T, REsp n. 49 ,52/RJ, rei. Min. Adhemar Maciel, DJ 3 1 . 10. 1 994, p. 29.536.

O acórdão é o julgamento proferido pelos tribunais (CPC, art. 1 63) Formal

.

mente, o julgamento difere do acórdão. O julgamento antecede o acórdão. Colhidos os votos dos integrantes do órgão julgador, haverá o julgamento, que será, posteriormente, reduzido a escrito, recebendo, então, a denominação de acórdão17•

Em outras palavras, acórdão é a materialização do julgamento, consistindo na redução a escrito da solução dada pelos integrantes do colegiado18•

Na verdade, o termo acórdão provém do verbo acordm que significa resolver de comum acordo, concordm; chegar a um acordo. O acórdão nada mais é do que a concordância de várias pessoas sobre determinada questão. Yale dizer que acórdão é o conjunto dos votos vencedores. Nesse sentido, é lícito concluir que o voto vencido não integra o acórdão; ele está fora do acordo, do consenso a que chegou a maioria.

Eis por que a matéria referida apenas no voto vencido não configura prequestionamento para interposição de recurso especial e de recurso extraordinário. Na verdade, para efeito de prequestionamento, somente se considera a matéria veiculada nos votos vencedores. O que consta do voto vencido não expressa o entendimento adotado pelo órgão jurisdicional; o entendimento adotado por este é expressado pelo conjunto dos votos vencedores. É por isso que o enunciado 320 da Súmula do STJ estabelece que "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

Enfim, pode-se dizer que a decisão colegiada proferida por tribunal recebe a denominação de acórdão. Independentemente do conteúdo, aquela decisão colegiada receberá a nomenclatura de acórdão. Desse modo, o acórdão pode ostentar

"conteúdo" de sentença ou de decisão interlocutória: ou seja, pode ou não pôr fi m ao procedimento.

Com conteúdo de sentença ou com conteúdo de decisão interlocutória, não importa, o acórdão deve, sempre, observar o disposto no art. 458 do CPC. Vale dizer que o acórdão deve conter relatório, fundamentação e dispositivo.

Faltando o relatório ou a fundamentação, será nulo o acórdão (CF, art. 93, IX; CPC, art. 458, II). Realmente, ausente o relatório ou a fundamentação, a nulidade do acórdão será manifesta, por padecer de vícios intrínsecos, ou seja, defeitos do acórdão em si mesmo19• Por outro lado, se o acórdão não contém decisório, é considerado inexistente.

1 7. ARAGÃO, E. D. Monjz de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 7ª edição. Rio ele Janeiro: Forense, 1 99 l , v. 2, nºs. 39-40, p. 67-68.

18. DALL' AGNOL, Antônio. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 263.

19. WAMBlER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da se111ença. 4' edição. São Paulo: RT, 1 997, passim.

tribunal

1.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Os acórdãos nulos podem ser atacados por recurso especial e/ou extraordinário e, sucessivamente, por outros recursos previstos na lei processual. Sobrevindo o trânsito em julgado, o acórdão nulo passa a ser, igualmente, rescindível, podendo ser desconstituído por ação rescisória no prazo de 2 (dois) ano, ressalvados os

casos que dão ensejo à querela nullitatis, que pode ser ajuizada mesmo após o prazo bienal (art. 475-L, 1, e art. 74 1 , I, CPC). Sobre a querela nullitatis, ver capítulo próprio neste volume do Curso.

Os acórdãos inexistentes (como, por exemplo, aqueles que não contêm dispositivo) não transitam em julgado, justamente porque não existem. Nesse caso, sua desconstituição não depende do ajuizamento de ação rescisória.

Além de conter relatório, fundamentação e dispositivo, o acórdão deve, igualmente, conter ementa. Com efeito, "todo acórdão" - enuncia o art. 563 do CPC - "deve conter ementa". Significa que os acórdãos devem conter relatório, voto e ementa, não sendo possível que o regimento interno de qualquer tribunal dispense algum desses elementos20•

A necessidade de que os acórdãos ostentem ementa tem por escopo o aperfeiçoamento da divulgação da jurisprudência dos h·ibunais21 • Em outros termos, a utilidade da ementa consiste em facilitar a documentação ordenada da j urisprudência do tribunal22•

A ementa deve refletir tanto quanto possível, e de maneira bem objetiva, o entendimento do tribunal a respeito das questões de fato e de direito debatidas no julgamento que originou o acórdão. Em uma palavra, pode-se dizer que a ementa é o resumo do julgamento.

À evidência, a ementa não é o acórdão nem com ele se confunde. Trata-se, apenas, de resumo do que ficou decidido no julgamento pelo

Em eventual divergência entre o conteúdo do acórdão e o da ementa, há de prevalecer o daquele em detrimento do desta23.

20. Acórdão unânime da 4• Turma do STJ, AGA 499.01 8/RJ, rei. Min. Aldir Passarinho Júnior,j. 04/I 1/2003, DJ de 19/1212003, p. 479.

2 1 . DINAMARCO, Cândido Rangel. A rt!forma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995, n.

128, p. 1 7 1 .

22. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Come111ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 200 1 , V. 7 . p. 385.

23. "Atente-se em que a ementa não é o acórdão, cujo texto prevalece sempre sobre o dela, em caso de divergência. Também não consticui seu relatório, fundamentação, ou dispositivo, que devem constar do próprio acórdão, como ordena o an. 165. O legislador aproveitou bem o espaço deixado pela revogação da desaparecida norma do art. 563. A ementa dos acórdãos é muito útil, num tempo cm que prolifera o armazenamento de dados, pois facilita a pesquisa na jurisprndência." (BE.R.MUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 126).

568

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

Daí se percebe que o acórdão deve conter ementa, mas esta não constitui elemento essencial daquele. Os elementos essenciais do acórdão são, como se viu, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. Lavrado um acórdão sem ementa, qualquer uma das partes pode valer-se de embargos de declaração, com vistas a obter a supressão da omissão, para que passe o acórdão a conter a ementa.

A falta de ementa não trnz, contudo, nulidade ao julgamento em si, nem contamina o acórdão. A ausência de ementa pode subtrair a higidez da intimação, dificultando a percepção do conteúdo do acórdão ou, até mesmo, causando a falsa impressão de que ainda não se tenha iniciado o prazo para a interposição de eventual recurso cabível na espécie.

Na verdade, proferido o julgamento colegiado, o resultado é divulgado aos advogados e às partes por publicação no Diário Oficial. É o que se chama, na praxe forense, de publicação da resenha de julgamento. Nesse momento, ainda não existe acórdão. Apenas foi anunciado o resultado final do julgamento. Os autos i rão para o relator ou para quem proferiu o primeiro voto vencedor, a fim de que seja lavrado o acórdão (CPC, art. 556).

Lavrar o acórdão significa escrevei; redigir o acórdão. Essa, normalmente, é uma tarefa atribuída ao relator, a não ser quando este reste vencido. É do relator a atribuição de redigir, escrever, lavrar o acórdão. Se, contudo, tiver proferido voto vencido, caberá ao julgador que conduziu o j ulgamento ou abriu a dissidência lavrar o acórdão. Vale dizer que o acórdão serú lavrado por aquele que proferiu o primeiro voto vencedor ou, como se diz na praxe forense, por aquele que conduziu o julgamento (CPC, art. 556).

Proferido o julgamento, é necessário que se lavre o acórdão. A lavratura do acórdão concretiza a garantia constitucional da motivação dos j ulgados. Nesse sentido, assim j á decidiu o STF: "EMENTA Recurso extraordinário. Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 1 1 8, § 3°, do Regimento Interno do Superior Tribunal M i l itar. 1 . A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. 2. A decisão

judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. 3. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados 4. Recurso extraordinário conhecido e provido." (Acórdão unânime da l ª Turma do STF, R E

540.995/RJ, rei. M in. Menezes Direito, j . 1 9/2/2008, DJe 078, div. 30/4/2008, pub. 2/5/2008).

Lavrado o acórdão, suas conclusões serão publicadas no Diário Oficial dentro de 10 (dez) dias (CPC, art. 564). Tais conclusões são, geralmente, veiculadas no Diário Oficial em conjunto com a ementa do acórdão. Dessa publicação conta-se

o prazo para a interposição de quaisquer recursos (CPC, art. 506, I II). Vale dizer que a publicação, no Diário Oficial, da ementa com as conclusões, constitui a intimação do acórdão, iniciando-se, a partir de então, o prazo para a interposição de recursos eventualmente cabíveis.

De fato, "só se considerarão efetivamente intimadas as partes e seus advogados quando da publicação do acórdão, e não meramente do resultado do julgamento, no órgão oficial"24•

Ora, se o acórdão não contém ementa, é provável que a publicação apenas de suas conclusões possa induzir o advogado em erro, fazendo supor que se trata daquela primeira publicação, relativa à resenha deju/gamento ou ao resultado da deliberação colegiada, que normalmente se veicula na imprensa oficial, antes mesmo da lavratura do acórdão.

Demais disso, a ementa pern1ite que as partes já saibam, desde logo, as razões que serviram de esteio para que o tribunal chegasse àquela conclusão, facilitando a atividade de seus advogados para a interposição de recmsos cabíveis.

Se, mesmo sem ementa, está claro o conteúdo do acórdão, não há razão para decretar sua nulidade. Não contendo ementa o acórdão, poderá, como visto, haver alguma dúvida quanto à sua lavratura, no momento da intimação da parte, mediante publicação no Diário Oficial. Nesse caso, nula será a intimação, e não o acórdão.

À evidência, a falta de ementa poderá gerar nulidade da intimação do acórdão, mas não a deste, que se mantém incólume, desde que contenha os elementos essenciais, quais sejam, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva25.

6. A TUTELA DE URGÊN CIA NO ÂMBlTO RECURSAL

As tutelas de urgência - independentemente de ostentarem natureza cautelar ou antecipatória - não têm um limite temporal: podem ser concedidas inaudita altera parte, após a contestação, na instrução, na sentença e, até mesmo, no âmbito recursai. Aliás, é comum, atualmente, a referência à tutela antecipada no âmbito recursal26.

24. PINTO, elson Luiz. Código de Processo Civil i111e1pre1ado. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 564, p. 1.668.

25. Sobre as consequências da falta de ementa e detalhes adicionais, conferir CU HA, Leonardo José Carneiro da. A ementa nos acórdãos. Revista Dialé1ica de Direito Processual. São Paulo: Dialética, dez. 2004, v.

2 1 , p. 1 06-120.

26. Sobre o assunto, conferir FERREIRA, William Santos. T111ela antecipada no â111bi10 recursai. São Paulo: RT, 2000, passim.

ÜA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIl3UNAIS

Em tennos pragmáticos, pode-se dizer que, no âmbito recursai, a cautelar destina-se a agregar efeito suspensivo a recurso dele desprovido, obstando que a decisão recorrida produza efeitos. Já a tutela antecipada, no âmbito recursai, funciona com finalidade inversa: destina-se a afastar o efeito suspensivo, fazendo com que se determine o imediato cumprimento da decisão reconida. Na verdade, embora consagrada, a distinção é muito sutil: suspender efeitos de uma

decisão que se pretende desconstituir é, na verdade, obter antecipadamente efeito jurídico que se busca com o recurso (impedir a produção da eficácia determinada pela sentença). Sobre a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada, remete-se o leitor ao v. 2 deste Curso, que cuida da antecipação dos efeitos da tutela.

A apelação, como está dito no capítulo a ela destinado, tem, em regra, e feito suspensivo. Logo, a sentença é geralmente sujeita a uma apelação, não devendo, enquanto não julgado o apelo, produzir efeitos. Para que se produzam os efeitos da sentença, pode-se requerer a concessão de tutela antecipada. Nesse caso, a tutela antecipada irá adiantar efeitos que somente seriam produzidos com o j ulgamento da apelação. Concedida a tutela antecipada, no âmbito recursai, já se permite a produção de efeitos da decisão recorrida ou do eventual provimento do recurso.

No agravo de instrumento, há previsão expressa de tutela antecipada (art.

527, 1 1 1 , CPC).

O art. 558 do CPC confere ao relator poderes para, a requerimento do agravante, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da Turma ou Câmara.

Conquanto tenha havido um dissenso inicial sobre a possibilidade de o relator do agravo de instrumento conceder o efeito suspensivo a que se refere o art. 558 do CPC, quando a decisã.o reco1Tida fosse de cunho negativo ou indeferitório, veio a se uniformizar o entendimento no sentido de que, com base nesse dispositivo, pode o relator ou o tribunal não somente suspender a decisão que foi concedida, como também conceder a que foi negada, atendendo ao espírito normativo de pôr fim aos infindáveis mandados de segurança até então impetrados contra atos j udiciais.

Conceder, liminarmente, no agravo, a providência que fora negada pelo juiz de primeira instância representa o deferimento de uma tutela antecipada27. Nesses casos, o relator, em verdade, nada mais faz senão antecipar efeitos do futuro e provável juízo de provimento recursal.28 Trata-se de indubitável antecipação de

27. FERREIRA, William Santos. Tutela a/1/ecipada 110 âmbito recursai. São Paulo: RT, 2000, p. 257-260.

28. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipaçüo da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1 997, p. 120.

571

tutela proferida em sede de agravo de instrumento. No intuito de afastar eventuais dúvidas que porventura ainda persistissem acerca da possibilidade de antecipação de tutela pelo relator do agravo de instrumento, a Lei nº J

0.352/2001 alterou o art.

527 do CPC, cujo inciso J ll passou a referir-se, expressamente, à possibilidade de concessão de efeito suspensivo ou de deferimento, total ou parcial, da tutela recursai.

Assim, resta inquestionável que o relator do agravo de instrumento poderá não somente suspender a decisão que foi concedida, como também conceder a que foi negada. Neste último caso, fá-lo-á por meio de tutela antecipada, cujos requisitos estão previstos no art. 273 do CPC. Com efeito, "as regras do artigo 273

são muito mais adequadas para regular a antecipação da tutela recursai, mesmo quando esta não coincida, como acima demonstramos, com uma antecipação dos efeitos do provimento final (sentença)"29.

Considerando que a antecipação da tutela recursa! deve ter fulcro ou no art.

273 ou no § 3º do art. 46 1 do CPC, é forçoso observar que somente poderá ser concedida pelo relator, caso haja expresso e prévio requerimento do agravante.

Desse modo, ainda que presentes os demais pressupostos legais, não poderá o relator conceder a antecipação da tutela recursai, se o recorrente não a tenha requerido, de forma inequívoca, nas razões de seu apelo. É inviável, enfim, a tutela recursa! antecipada de oficio, dependendo, sempre, de prévio requerimento.

A antecipação da tutela recursai não se confunde com o provimento imediato do recmso, procedido por decisão do relator, à vista do que dispõe o art. 557, §

1 °-A, do CPC. Além de seus respectivos pressupostos serem bem diversos, havendo a antecipação da tutela recursai, o recurso terá seguimento normal, com elaboração de relatório, inclusão em pauta e todos os detalhes que são examjnados no presente capítulo.

Já no caso do provimento i medjato previsto no art. 557, § 1 º-A, do CPC, não sobeja qualquer outra providência processual a ser encetada. O recurso já é imediatamente julgado, apenas por decisão do relator, contra o qual poderá ser interposto o recurso de agravo previsto no § l 0 daquele mesmo art. 557 do CPC.

Sobre os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, remete-se o leitor ao v. 2 deste Curso. Cabe, porém, uma ponderação sobre o pressuposto alternativo do inciso II do art. 273: o manifesto propósito protelatório.

29. FERREIRA, William Santos. Ob. cil., p. 243.

Não parece deva ser aplicado à tutela antecipada recursal o requisito do manifesto propósito protelatório do réu. Tal pressuposto, ao que se percebe, diz respeito à atuação do réu no procedimento perante o juiz de primeira instância. Poderá, a bem da verdade, haver a interposição de recurso protelatório, como forma de abuso ao direito de recon-er. Nesse caso, desponta mais razoável negar seguimento ao recurso, na forma do art. 557 do CPC, reputando-se o recorrente litigante de má-fé (CPC, a1t. 1 7, VII) para sujeitá-lo à condenação em perdas e danos (CPC, art. 1 6), bem como na multa capitulada no art. 1 8 do diploma processual civil, a ser contada como custas e revertida em beneficio da parte contrária (CPC, art. 35).

Em suma, a tutela antecipada recursai pode ser deferida, por decisão do relator, se (a) houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, se (b) houver prova inequívoca da verossimilhança da alegação e (c) caso não haja perigo de irreversibil idade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º), pressuposto· que, confonne visto no v. 2 deste Curso, pode ser relativizado caso a caso30. Esses pressupostos devem vir cumulados, de smte que, faltando um deles, já não se possibilitará a antecipação da tutela recursai.

Para o provimento imediato, por sua vez, exige-se o manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do STF, ou de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1 º-A).

Enquanto a antecipação da tutela recursa] depende de prévio e expresso requerimento do agravante, o provimento imediato por decisão do relator prescinde de tal pressuposto, podendo ser levado a efeito de oficio, desde que presente a hipótese descrita no art. 557, § l º-A, do CPC.

Além da tutela antecipada, destinada a adiantar o resultado do recurso, é possível, no âmbito recursai, haver providência cautelar, destinada a agregar efeito suspensivo a recurso dele desprovido.

7. A PRODUÇÃO D E P ROVA EM TRIBUNAL

É possível a produção de provas em tribunal, embora essa prática não seja comum. O tribunal também tem poder instrutório; não lhe cabe apenas 30. "Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de se evitar essa consequência e

assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistemalizaçcio). 2" ed. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , p. 340).

Assim, havendo, de um lado, o risco de perecimento de um direito provável e, de outro lado, o perigo de irreversibilidade ele um direito menos provável, cumpre, ponderando os interesses em liça, aplicar o princípio da proporcionalidade e, afastando o requisito negativo do § 2° do art. 273 do CPC, conceder a tutela antecipada, desde que, por óbvio, os demais requisitos estejam presentes (MARJNONl, Luiz Guilherme.

A antecipação da tutela na reforma do processo civil. 2.• ed. São Paulo: Malheiros, 1 996, p. 77-80).



reexaminar as provas que já foram colhidas em primeira instância. Ao julgar um recurso, é-lhe permitido determinar a produção de novas provas. Embora pareça desnecessário, cumpre afirmar que essas novas provas devem ser produzidas em contraditório.

Em lição escrita para o processo penal. mas plenamente aplicável ao processo civil, ADA PELLEGRI l , A TÔNJO SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO

MAGALHÃES GOMES Fll.. 1-10 afirmam, corretamente: "Se o entender conveniente, converterá o julgamento em diligência para a produção de novas provas, destinada à formação do convencimento de seus membros e poderá excluir as que considerar ilícitas do material probatório; se o considerar oportuno, poderá reinquirir o réu e será livre para levantar novas teses jL1ríclicas. Apenas, deverá garantir que tudo isso seja feito em contraditório, na presença elas partes, dando a estas a oportunidade de contradizer, inclusive provando"31•

Há diversos argumentos.

Em primeiro lugw; aplica-se ao tribunal o art. 1 30 do CPC, que confere poderes instrutórios ao juiz - e em tribunal também há juízes; com competência funcional diversa, é claro, mas juízes. Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância. Não se pode restringir o exercício da função jurisdicional do tribunal, em competência recursai. Se a causa há de ser re-julgada no procedimento recursai, não se pode retirar do órgão ad quem a possibilidade de produzir provas que fi.mdamentem o seu convencimento.

BARBOSA MOREIRA relatou uma experiência sua, como relator em embargos infringentes, que merece ser transcrita integralmente: "Tratava-se de saber se esses menores, que estavam confiados à guarda de L1m parente, depois da separação dos pais. deviam passar férias, ou a maior parle delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-me como relator já em grau de embargos inrringentes. E

eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução: só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me - contrariando um pouco a praxe - a chamar os menores e 0L1vi-los . .:\chei que a melhor fonte eram os próprios menores.

(...) Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar. dei-lhes sorvete. mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para ganJiar confiança. Depois falei sobre futebol. .. Levei uma tarde. mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos. me deu a convicção sólida, de que a avó era uma autêntica megera. (...) Os menores não eram partes no feito. nem foram ouvidos como testemunhas; mas

foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que eu pudesse dar uma solução justa"32•

31. Recursos 110 processo penal. cit., p. 52.

32. Provas atípicas. Revista de ?roces.'º· São Paulo: RT. 1 994, v. 76, p. 1 1 8- 1 19.



Em segundo lugar, diversos dispositivos do CPC autorizam a alegação de fatos novos em grau recursai. É o caso dos arts. 30333, 46234e 5 1 735. Se é possível alegar fato novo, é possível produzir prova dessa alegação fática36. Trata-se de corolário da garantia do contraditório, que não pode ser diminuída no procedimento recursai.

Em terceiro lugar, no art. 397 do CPC há previsão da possibilidade de produção de prova documental a qualquer tempo37. Nada justifica que apenas a prova documental possa ser produzida em fase recursa!, até mesmo porque o próprio CPC prevê a possibil idade de o juiz (qualquer juiz) determinar a produção de outros meios de prova. Realmente, o magistrado pode, em qualquer fase do processo (inclusive em instância recursal38), inspecionar pessoalmente pessoas ou coisas (móveis, imóveis e semoventes), a fim de esclarecer-se sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 440, CPC). O STJ já se posicionou sobre o tema; vale a pena conferir o acórdão proferido pela 4ª Turma, no REsp 2 1 8 . 3 0 2/PR, rei. M in. Barros Monteiro, j. 02 . 1 2 . 2003, publicado no DJ de 2 9 . 0 3 .2004, p. 244:

"lNVEST!GAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONVERSÃO DO

JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ADMISSI

B I LIDADE. PODER-DEVER DO .JULGADOR. O julgador deixou de ser mero espectador da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permita determinar a produção de provas, mormente como no caso em que se cuida de ação de estado, o autor é menor impúbere e beneficiário ela Assistência .Judiciária.

Entendimento que se aplica também ao segundo grau de j urisdição. Precedentes cio 33. Arl. 303 do CPC: "Depois da contestação só é lícito deduzir novas alegações quando: 1 - relativas a direito superveniente; l i - competir ao juiz conhecer delas de ofício; I l i - por expressa previsão legal puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo."

34. Arl. 462 do CPC: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constilutivo, modificativo ou extintivo do direito inAuir no julgamento da lide, caberá ao juiz torná-lo cm consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no

momento de proferir a sentença".

35. Arl. 5 1 7 do CPC: "As questões ele fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parle provar que deixou ele fazê-lo, por motivo ele força maior."

36. Bem semelhante é a lição ele FAGUNDES, M. Seabra. Dos rec11l'sos ol'dinál'ios e111 111atél'ia civil. Rio de Janeiro: Forense, 1 946, p. 22 1 -222.

37. No direito português, segundo esclarece João Espírito Santo, é possível instruir o recurso com documentos supervenientes, no caso de a juntada apenas se revelar necessária em virtude do julgamento proferido na primeira instância, ou quando se destinarem a fazer prova dos fundamentos da ação ou ela defesa, ou, ainda, quando se destinarem a fazer prova de fatos posteriores aos articulados ou cuja apresentação se tenha tornado necessária em razão de ocorrência posterior (O documento superveniente pal'a efeilo de recul'so ol'dinório e ex/raordinârio. Coimbra: Alrnedina, 200 1 , n. 3 . 1 . 1 .2. 1 , p. 45-46).

38.

Admitindo a inspeção judicial em tribunal, M 1 RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comenlârios ao Código de Processo Civil. 3" ccl. Rio ele Janeiro: Forense, 1 999, t. 4, p. 502; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Comenlórios ao Código de Processo Civil. 2" ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 6 1 1 ; CINTRA, António Carlos Araújo. Comenlól'ios ao Código de Pl'ocesso Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 235; ARAGÃO, Egas Dirct:u Moniz de. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1 99 1 , t. 2, p. 2 1 6.

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

STJ. Recurso especial conhecido e provido para, convertendo-se o julgamento em diligência, ordenar a realização do exame de DNA".

A prova oral, em tribunal, pode ser colhida de três formas: a) expede- se carta de ordem a juiz de primeira instância, para que colha a prova oral (art. 492 do CPC, por analogia); b) o relator faz a colheita da prova oral em seu gabioete39; c) a prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese de raro

acontecimento, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais e a dificuldade decorrente da aplicação do princípio da identidade física do juiz (CPC, art. 132), em ordem a impor a presença, no julgamento, de todos aqueles que participaram da sessão de instrução. Embora seja de rara verificação, essa hipótese ce1tamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, pois o princípio da imediação na colheita das provas, muito importante em provas orais, restaria preservado.

8. RELATOR

8.1 . Generalidades

Nos tribunais, as decisões, em princípio, devem ser colegiadas. É o que se chama de colegialidade das decisões dos tribunais. Com efeito, os tribunais são estruturados para emitir decisões colegiadas, com vistas a obter, com maior grau de probabilidade, o aceito e a justiça do julgamento final.

Vê-se, pois, que os tribunais foram criados para proferir julgamentos colegiados. Os membros dos tribunais devem, po1tanto, atuar em órgão colegiado.

Não é possível, porém, que todos os casos submetidos ao crivo do tribunal sejam analisados, pessoalmente, por todos os seus membros. Daí por que os h·ibunais são divididos em órgãos fracionários, devendo cada caso ser atribuído a um de seus membros, que é o relator, a quem se incumbe a tarefa de examinar os autos e a controvérsia ali deduzida.

Cabe ao relator estudar o caso, f irmar seu entendimento para, então, elaborar o relatório e levar o caso a julgamento, a fim de, na correspondente sessão, expor os detalhes aos seus pares, emitindo seu voto. Ao relator compete também determinar a realização de diligências, a coITeção de vícios, a instrnção do feito e a apreciação de pedidos de urgência.

39. Examinando o art. 492 do CPC, que cuida da ação rescisória, BARBOSA MOREIRA entende que o relator mesmo pode colher a proYa oral, em lição aplicável, 11111/atis mutandis, ao procedimento recursai (Comentários ao Código de Processo Civil. 12" ed., cit., p. 197).

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

Variam as atribuições do relator, conforme se trate de recurso ou de causa de competência originária do tTibunal4º. Nas ações originárias, cabe ao relator deferir ou indeferir a petição inicial, determinando, na primeirn hipótese, a citação do réu.

Ao relator cabe, ainda, deferir ou indeferir a produção de provas, expedir carta

de ordem a juízes de primeira instância para a realização de diligências ou coleta de provas, por exemplo etc.

Além das funções que lhe são atribuídas, é relevante o comportamento do relator no curso da votação. A elaboração do relatório e a forma como se procede a sua leitura, a solidez ou fraqueza da fundamentação de seu voto, a confiabilidade que ostenta perante seus pares, o interesse ou não em sustentar seu voto perante seus colegas, tudo isso constitui fator extrajurídico de grande influência no julgamento, como bem demonstra JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA em interessante texto4 1 .

8.2. Análise do art. 557 do CPC

Ao relator cabe, como já se viu, estudar o caso, firmar seu entendimento para, então, elaborar o relatório e levar o caso a julgamento, a fim de, na correspondente sessão, expor os detalhes aos seus pares, emitindo seu voto. A partir daí, colhem-se os demais votos, ence1Tando-se o julgamento, com a posterior lavratma do acórdão.

Em vez de dar sequência a todo esse trâmite, é possível que o relator já julgue o recurso, por decisão singular, sem elaboração de relatório, nem inclusão em pauta, nem coleta de votos dos seus pares. Enfim, franqueia-se ao relator a possibilidade de já decidir o recurso, valendo-se do disposto no art. 5 5 7 do CPC.

Assim, pode o relator já negar seguimento ao recurso intempestivo, deserto, prej udicado, manifestamente inadmissível por outra razão ou, ainda, negar-lhe provimento, se manifestamente improcedente. De igual modo, pode o relator já negar seguimento ou provimento a recurso que contraste com súmula ou com jmisprudência dominante do respectivo tribunal ou de tribunal superior.

É possível ao relator não somente já negar seguimento ao recurso, mas também já lhe dar provimento, desde que presente uma das hipóteses previstas no §

1°-A do art. 557 do CPC. Em outras palavras, pode o relator j á dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto contraste com súmula ou com jurisprudência dominante de tribunal superio1"

Não é despropositado acenhrnr que o art. 557 do CPC aplica-se, apenas, a recursos, não guardando pertinência com as ações autônomas de impugnação ou

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6" ed., cil., n. 340, p. 561- 562.

4 1 . "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 994, n. 75, n. 4.4, p. 20-22.

N

com causas originárias de tribunal. Não pode o relator já julgar uma ação com base no ati. 5 5 7 do CPC. Na verdade, pode o relator indeferir a petição inicial de uma ação originária ou, até mesmo, aplicar o ati. 285-A do CPC, já julgando improcedente o pleito formulado pela parte autora. Mas, nestes casos, não está a aplicar o disposto no art. 557 do CPC, nem está a valer-se das hipóteses ali configuradas. O relator, ao indeferir a petição inicial de uma ação originária (CPC, a1i. 295) ou ao aplicar o art. 285-A do CPC, vale-se de outras regras, que dependem de outros pressupostos ou requisitos para serem aplicadas. O art. 557

do CPC - e as hipóteses ali descritas - valem, apenas, para recursos, e não para ações autônomas de impugnação ou para causas originárias de tribunal. A estas se aplicam outras regras que permitem o indeferimento imediato da petição inicial.

Ao reexame necessário aplica-se o art. 557 do CPC, podendo o relator, positivadas as hipóteses ali previstas, em decisão isolada, negar ou dar provimento à remessa. Com efeito, "o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário" (súmula do STJ, n. 253).

Cumpre perceber uma diferença entre o caput e o § 1 º-A do art. 557.

São diversas hipóteses em que o relator pode negar seguimento ao recurso daquelas em que ele já pode dar-lhe provimento.

Há, na verdade, uma gradação legal a respeito da matéria. Realmente, confrontando-se o art. 557 com seu § 1 º-A, chega-se à seguinte conclusão: (a) para que o relator, por decisão isolada, possa negar seguimento ou provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior; (b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver súmula ou jurisprudência dominante apenas de tribunal superio1

Como se vê, existe uma nítida gradação na lei. A negativa de seguimento/

provimento de um recurso ou do reexame necessário pode operar-se em razão de uma súmula tanto de tribunal superior como do próprio tribunal ou, ainda, de jurisprudência dominante de tribunal superior ou do próprio tribunal. Por sua vez, para que o relator dê pr vimento ao recurso ou ao reexame necessário, não

basta que haja súmula ou jurisprudência dominante seja do próprio tribunal; é preciso que seja de tribunal superior.

A existência, por exemplo, de jurisprudência dominante do próprio tribunal não permite ao relator já dar provimento ao recurso, embora possa, diante disso, negar-lhe seguimento/provimento.

O art. 557 do CPC permite ao relator já julgar o recurso imediatamente, assim que os autos chegam ao seu gabinete.

578



Tal situação ocorre na apelação, podendo o relator, imediatamente, já lhe dar provimento ou lhe negar seguimento. E isso porque, na apelação, o contraditório já é previamente realizado perante o juízo de primeira instância.

Essa é a situação que se repete na grande maioria dos recursos.

No caso do agravo de instrumenlo, a si Luação é d{ferenle, exatamente porque tal recurso é interposto diretamente no tribunal, sem passar, anles, pelo juízo de

primeira instância. Assim, para negar seguimento, pode o relator dispensar a oiliva prévia cio agravado, exalamente porque se trata de decisão que lhe é favorável.

Se, contudo, for o caso de dar provimento por decisão isolada, haverá de colher, previamenle, a resposta do agravado ou dar-lhe oportunidade a tanto, sob pena de ofender o princípio do contraditório.

Cumpre, a propósito, fazer um paralelo entre o recurso e a petição inicial. O juiz pode indeferir a petição inicial nas hipóteses previstas no art. 295 do CPC ou, até mesmo, já ju lgar improcedente o pedido, dispensando a citação cio réu, nos casos do art. 285-A do CPC. De observar-se que, nesses casos, a decisão é favorável ao réu, e contrária ao autor. Não é possível, em hipótese alguma, o juizjá condenar o réu, antes mesmo de sua citação, sob pena de grave ofensa ao princípio do contraditório.

Se o relator negar seguimento ou provimento ao recurso por ser este manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou estiver em contraste com súmula dominante do respectivo tribunal ou de tribunal superior, dessa decisão cabe um agravo interno previsto no § 1° do art. 557 do CPC. Ao invés de negar seguimento ao recurso, o relator poderá dar-lhe imediato provimento, se a decisão recorrida estiver em manifesto contraste com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior. Dessa decisão cabe, igualmente, o agravo previsto no § 1 º do art. 557 do CPC. Se tal agravo interno for tido pelo tribunal como manifestamente inadmissível ou infundado, revelando-se protelatório, o agravante deverá ser condenado numa mu 1 ta entre 1 % (um por cento) e l 0% (dez por cento) do valor corrigido da causa, Acando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito cio respectivo valor. A exemplo cio que sucede na hipótese do parágrafo único do art. 538 do CPC, a multa de 1 % a l 0% - fixacla no julgamento do agravo interno previsto no § 1 º do art. 557 do CPC - passa a constituir requisito de admissibilidade de qualquer outro recurso que venha a ser intentado pela parte, mesmo que esse recurso não se sujeite, normalmente, a preparo.

O STJ tem entendido que as multas cujo depósito prévio condiciona a interposição de um recurso, como a do § 1 º do art. 557, CPC, não se aplicam à Fazenda Pública, em razão do art. lº-A da Lei n. 94.9411997, segundo o qual "estão dispensadas de 579

O

depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais". Cf., p. ex., STJ, Corte Especial, Eresp n. 808.525/PR, rei. Min. Luiz Fux, j. 1 9.09.2007, acórdão publicado no DJ

de 22. l 0.2007; STJ, Corte Especial, EREsp n. 695.00 lfRJ, rei. Min. Carlos

Alberto Menezes Direito,j . em 1 9. 1 2.2006, acórdão publicado no DJ de 02.04.2007, p. 207.

8.3. O agravo interno

Consoante já restou acentuado, os tribunais são, essencialmente, colegiados.

A competência, para o julgamento de recursos, ações e incidentes, é, em regra, do colegiado. É possível, contudo, haver delegação ao relator, a fim de que este já julgue o caso ou aprecie uma questão de urgência.

Embora haja a delegação ao relator, a competência é, não custa repetir, do colegiado. Daí por que a decisão do relator - qualquer decisão do relator - pode sempre ser revista pelo órgã do tribunal, por meio da interposição do agravo interno ou regimental. É que a competência, para julgamento, é do colegiado. Tal competência - não custa repetir - foi, momentaneamente, delegada ao relator, com vistas a racionalizar a atividade interna do tribunal. Vale dizer que o tribunal sempre terá a possibi l idade de poder rever a decisão do relator, preservando, desse modo, sua competência origiJ1ária. E é com o agravo interno ou regimental que se permite seja integrada a competência do colegiado, obtendo-se seu posicionamento quanto ao caso42.

No mais, cumpre reportar-se ao quanto explicitado no item 4.7. cio capítulo sobre agravo.

9. REVISOR

Já se viu que os recursos, incidentes e ações que tramitam no tribunal devem ter um relator, a quem se atribui a competência de processar o feito, levando-o a julgamento, com relatório previamente elaborado.

Há casos em que, além do relator, existe também o revisor, a quem se confere igualmente a atribuição de examinar os autos e a controvérsia ali deduzida.

A figura do revisor está presente "naqueles recmsos e causas considerados, em 42. Sobre o assunto, consultar: CA RN EI RO, Atbos Gusmão. "Poderes do relator e agravo interno - ArtS. 557, 544 e 545 do CPC". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2000, n. 1 00; TALAMINl, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). Aspeclos polémicos e aluais dos recursos cíveis. NERY JR., Nelson;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.).

São Paulo: RT, 2002, v. 5.

580

tese, mais complexos, como é o caso da apelação, dos embargos infringentes e da ação rescisória"43.

Nos termos do art. 55 1 do CPC, haverá, além do relator, um revisor, na apelação, nos embargos infringentes e na ação rescisória. Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem decrescente de antiguidade. Segundo anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, "o revisor, quando necessário, será o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade (CPC, art. 55 1 , § 1 º). Eventual preterição dessa ordem na indicação do revisor não constitui, por si só, nulidade absoluta, dependendo da demonstração de efetivo prejuízo (CPC, art. 249, § 1 º). Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais (CPC, art. 250, parágrafo único)"44• Significa que, não obedecida a escolha do relator pela ordem decrescente de antiguidade, não deve, em princípio, ser aplicada a sanção de nulidade, eis que se alcançou a finalidade (CPC, art. 244), que é exatamente ter mais um membro do órgão judicial, além do relator, que examine a causa com acesso prévio aos autos.

Diversamente, se faltar revisor nos casos em que se exige sua presença, haverá, na linha de precedentes do STJ, nulidade45• A propósito, é digno de registro o seguinte precedente, cuja ementa está assim redigida:

"PROCESSUAL C I VI L. RECURSO ESPECIAL. APE LAÇÃO. REVISÃO.

AUSÊNCIA. ARTIGO 55 1 DO CPC. N U L I DADE ABSOLUTA. PRECLUSÃO.

INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1 . A falta de revisor, nos casos em que a lei exige sua participação, importa em nulidade absoluta do julgamento.

2. Nessas hipóteses, verificando-se, somente na sessão de julgamento, que os autos não foram submetidos à revisão, não há que se falar em preclusão do direito da parte de arguir a nulidade na primeira oportunidade em que se manifestar.

3 . .Precedentes."46

Se a matéria versada no recurso for predominantemente de diseito e não houver prejuízo, não se deve anular o julgamento, em razão da ausência de revisor.

43. PfNTO, Nelson Luiz. Código de Processo Civil interpretado. Antonio Carlos

Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 5 5 1 , p. 1 .646.

44. Acórdão unânime da 1" Turma do STJ, REsp 654.684/MA, rei. Min. Denise Arruda,j. 1 7.05.2007, DJ de 1 4.06.2007, p. 252.

45. Acórdão unânime da 4" Turma do STJ, REsp 24.21 8/RS, rei. Min. Alhos Carneiro, j. 08.09.1 992, DJ de 28.09.1 992, p. 1 6.433.

46. Acórdão não unânime da 2• Turma do STJ, REsp 250.1 06/DF, rei. Min. Eliana Calmon, rei. p/ acórdão Paulo Gallotti,j. 20.02.200 1 , DJ de 1 3.08.2001 , p. 95.

S

FREDIC DIDIER JR. 1:. LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

A falta do revisor somente deve acarretar nulidade se houver prejuízo, quando a matéria envolver predominante discussão sobre fatos. Não há, na espécie, cominação expressa de nulidade, devendo-se aplicar, então, o disposto nos arts. 244

e 250 do CPC.

O § 1° do art. 90 da Lei Complementar nº 35/ 1 979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN), ao <>e referir ao regimento interno do Tribunal Federal de Recursos, assim dispõe: "Com final idade de abreviar o julgamento, o Regimento interno poderá também prever casos em que será dispensada a remessa do feito ao revisor, desde que o recurso verse matéria predominantemente de direito".

O Tribunal Federal de Recursos, que exercia a segunda instância da Justiça Federal, foi. como se sabe, substituído pelos cinco atuais Tribunais Regionais Federais. As referências feitas, na legislação, ao extinto Tribunal Federal de Recursos abrangem, neste caso, os atuais Tribunais Regionais Federais. Significa, então, que, nos termos do § I º do art. 90 da LOMAN, o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal pode prever casos de dispensa de revisor, desde que o recmso verse matéria predominantemente de direito. Assim. caso haja previsão regimental, podem deixar de ser remetidos os autos ao revisor, nos Tribunais Regionais Federais, se o recurso versar matéria preponderantemente de direito47.

Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, "é possível a dispensa de revisão no julgamento de apelação cível em que a matéria versada no recurso é predominantemente de direito e houver previsão regimental para tanto. Precedentes do ST 1"48• Parece até mesmo natLL1·al que assim seja, pois, conforme registrado em outro precedente do STJ, ·'nas questões meramente de direito, a ida dos autos ao revisor se afigura burocracia inaceitável, que não resiste a um estudo lógico da finalidade do processo e à aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, havendo previsão da dispensa de tal procedimento na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79) e nos Regimentos ln ternos dos TRF's, como, por exemplo, o da 1 ª ou 4ª Região"�9.

As apelações interposta em execução fiscal podem ter dispensada a figura do revisor. Nos termos do an. 35 da Lei nº 6.830/ 1 980, "poderá ser dispensada a

47. "Nos tennos do an. 90, § 1°. da LOMAN, o regimento interno dos tribunais poderá prever a dispensa de remessa do feito ao revisor quando o recurso tratar de matéria predominantemente de direito." (Acórdão unânime da 5' Turma do STJ, RLsp 802. 774/RS, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 1 8 . 1 0.2007, DJ de 05.1 1 .2007, p. 3 5 1).

48. Acórdão unânime da 5" Turma do STJ, AgRg no REsp 845.237/DF, rei. Min. Felix Fischcr, j. 27.02.2007, DJ de 26.03.2007, p. 279.

49. Acórdão unânime da 2• Tunna de• STJ, REsp 496.197/PR, rei. Min. Eliana Calmon,j. 22.03.2005. DJ de 09.05.2005, p. 330.

582



audiência de revisor, no julgamento das apelações". Significa dizer que a lei que regula a execução fiscal facultou a dispensa de revisor nas apelações, podendo o regimento interno do tribunal dispor nesse sentido. Tal dispensa também pode

ser estendida aos embargos infringentes (CPC, art. 530), desde que assim preveja o regimento interno do respectivo tribunal5°.

Não há revisor nos recursos interpostos nas causas de procedimento sumário, nas ações de despejo (qualquer que seja o fundamento do despejo) e nos casos ele indeferimento ela petição inicial (CPC, art. 296). É o que se extrai cio disposto no

§ 3º do art. 551 do CPC. Também não há revisão nas apelações de competência recursai do STJ (Lei nº 8.038/l 990, art. 40).

A apelação no mandado de segurança não tem revisor (art. 20, § 1 º, Lei n.

1 2. 0 1 6/2009).

Também não há revisor nos recursos interpostos na desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (Lei Complementar nº

76/1 993, art. 1 3, § 2º). Observe-se que o dispositivo dispensa a figura do revisor

"nos recursos" interpostos no curso cio processo ele desapropriação. Significa que não há revisor tanto na apelação como nos embargos infringentes, quando se tratar de desapropriação para fins ele reforma agrária51.

10. O J U LGAMENTO

J O. J . A colegialidade como regra

Já se viu que as decisões, nos tribunais, devem ser, em princípio, colegiadas, se bem que existam situações em que se atribui ao relator o poder ele julgar a causa sozinho.

50. ASSIS, Arakcn de. Manual do.\ recursos. São Paulo: RT, 2007, n. 3 1 .4.2, p. 282.

5 1 . Em precedente específico, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou um caso cm que houve revisor no julgamento de uma apelação em desapropriaçiio para fins de reforma agrária. Reafirmando a desnecessidade da figura do revisor, o STJ, acertadamente. não anulou o julgamento, cm razão da ausência de prejuízo.

Segundo os itens 1 e 2 ela ementa, ·· 1 . A participação de desembargador, na qualidade de revisor.

quando do julgamento elas apelações apresentadas por ambas as partes da presente ação, conquanto esteja cm desacordo eo111 a nor111a contida no art. 13. § 2°, da LC 76/93, não tem o condão de tornar nulo o acórdão recorrido. 2. A referida norma busca conferir maior celeridade ao processo de desapropriação ele imóvel rural para fins de reronna agrária, de rito sumário, no interesse da parte expropriada. Tem-se, assim, que o ora recorrente não suportou qualquer prejuízo, mormente porque o magistrado participaria do julgamento ele qualquer modo. É aplicável :\ espécie o principio ela instrumental idade elas formas, amplamente adotado no âmbito desta Corte."" (Acórdão não unânime da Iª Turma do STJ, REsp 902.43 1 1

RS, rei. M in. Denise Arruda, j. 7/8/2007, DJ d e 1 0/9/2007, p . 202).

583

completarem

FREDIE Dm1ER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUN11A

Há órgãos do tribunal em que o julgador que o preside profere voto, participando normalmente dos julgamento'>. Há, diversamente, órgãos de tribunais em que seu presidente não profere votos; apenas ordena e preside o julgamento. Tudo isso depende do regimento interno do tribunal. O plenário ou a corte especial de um tribunal é presidido pelo presidente do próprio tribunal. Em muitos tribunais, a depender do regimento, o presidente somente profere voto nos casos em que ele for relator (como, por exemplo, no pedido de suspensão de segurança), ou quando houver empate, ou quando houver discussão de matéria constitucional. No STF, por exemplo, o Presidente, ao atuar no plenário. tem voto de qualidade em caso de empate.

O julgamento efetiva-se, normalmente, em sessão pública realizada em recinto concebido e preparado com essa finalidade, no interior de prédio construído para abrigar o tribunal. Vale dizer que o julgamento ocorre, normalmente, na sede do tribunal.

Embora o julgamento real.ze-se, via de regra, na sede do tribunal, é lícito aos Tribunais Regionais Federais, aos Ttibunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça implementar funcionamento descentral izado, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdiciooado à justiça em todas as fases do processo (CF/88, aits. 1 07, § 3°; 1 1 5, § 2°; 1 25, § 6°). É possível, então, haver julgamento fora da sede do tribunal, mediante descentralização estratificada em câmaras regionais.

Não há prazo legal para o julgamento de recursos, incidentes ou causas originárias no tribunal. Entre a distribuição e o julgamento pode mediar variado lapso temporal. O art. 550 do CPC. entretanto, estabelece que os recursos interpostos nas causas de procedimento sumário deverão ser julgados no tribunal, dentro de quarenta dias.

O julgamento, em geral, é feito em sessão pública, com a presença dos membros julgadores. É possível, contudo, haver julgamento virtual, tal como ocorre na apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, da repercussão geral em recurso extraordinário, para cujo capítulo se remete o leitor.

1 0.2. Convocação de outros juízes para a composição do quorum do julgamento Em 2007, o STJ aplicou essa regra do art. 56 de seu regimento interno, convocando um membro do TRF da 1° Região e uma Desembargadora do

TJMG. O Juiz Federal Carlos Fernando Mathias de Souza e a Desembargadora Jane Ribeiro Silva foram convocados para

a composição do STJ. A Desembargadora Jane Ribeiro Silva foi convocada para compor a S" Tunna e a 3ª Seção, passando, depois, a compor a 6ª Tum1a, em substituição ao Ministro Paulo Medina, temporariamente afastado de suas funções. O Juiz Carlos Mathias, inicialmente convocado para 584



DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

compor a 6º Turma e 3" Seção, passou, posteriormente, a compor a 2ª Turma e l
"

Seção do STJ. Sua convocação se deu em razão da destinação de um ministro do STJ para integrar o Conselho Nacional de Justiça, com afastamento das funções, desfalcando a composição do tribunal.

Acontece, algumas vezes, de a turma ou câmara ser composta por dois juízes convocados e um desembargador. Significa que o julgamento, nesses casos, será realizado, em sua maioria, porjuízes de primeira instância.

De acordo com o art. 93, lll, da Constituição Federal, a estrut1U"a dos órgãos judiciários é hierarquizada, dividindo-se cada instância jurisdicional em entrâncias, de tal maneirn que os tribunais são compostos por desembargadores que ascendem ao cargo mediante promoções sucessivas na caiTeira. Logo, há uma h ierarquia entre os membros dos tribunais e os juízes de primeira instância. Desse modo, não deve haver revisão de julgados de juízes de primeira instância por outros juízes de primeira instância, salvo nos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde existem Turmas Recursais compostas por juízes de primeira instância, a teor do que preceitua o art. 98 da Constituição Federal.

Ofende o princípio constitucional do juiz natural o julgamento de recursos, no tribunal, por órgão composto, em sua maioria, por juízes de primeira instância. O

tribunal, em verdade, é, nessa h ipótese, convolado em Turma Recursa] de juízes de primeira instância, violando, portanto, o art. 5°, L I I l e XXXVII, da C F/88

(principio do juiz natural).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu: "- PENAL. H A

BEAS CORPUS. TRIBUNAL DE.I USTTÇA. ÓRGÃO FRACIONÁ RIO INSUFI

CIENTEMENTE COM POSTO. NULIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES.

APELAÇÃO. - Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, majoritariamente, por ju izcs de Primeiro Grau. - Ordem concedida."

(Acórdão da 6" Turma do STJ, HC 9405/SP, rei. Min. Ham ilton Carvalhido, rei. p/

ac. Min. William Pallerson, j . 1 1 .04.2000, DJ de 18.06.200 1 , p. 189).

Em outro precedente, o Superior Tribunal de Justiça também decidiu nesse sentido: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CÂM A RA FORMADA MAJORITA R I A M ENTE POR JU ÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCA

DOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍ PIO DO JUIZ NATU RAL. OCO R R ENCIA.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO . .JULGAMENTO. FALTA DE INTIMA

ÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚ BLICO. N U L I DADE. OCORR ÊNCIA.

ORDEM CONCEDI DA. l. Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau, por violação ao princípio do juiz natural e aos artigos 93, I l i , 94 e 98, J, da CF. 2. É n ulo o julgamento do recurso em sentido estrito em que não houve a intimação pessoal do defensor público. 3. Ordem concedida para anular o julgamento." (1-IC 72941/

SP, Rei. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 1 1 .09.2007, DJ 1 9. 1 1 .2007 p. 297).

N

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEllW DA CUNll;\

O Superior Tribunal de Justiça reviu esse seu entendimento, passando a admitir o julgamento, em tribunal, por turma composta por juízes de primeira instância convocados. Segundo passou a entender o STJ, "Não ofende o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para, nos casos de afastamento eventual do desembargador titular, compor o órgão julgador do respectivo

Tribunal, desde que observadas as diretrizes legais federais ou estaduais, conforme o caso.

Precedemes do STF e do STJ." (STJ, 5" T., HC 1 1 1 .919/SP, rei. Min. Laurita Vaz, j. 1 8 . 1 1.2008, D.Je 2.2.2009). De igual modo, o STF entende que o julgamento por órgão composto majoritariamente por juízes convocados não viola a garantia do juiz natural (STF, Pleno, HC 96.82 1, re. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.4.2010, D.Je-116 divulg 24.6.2010 public 25.6.20l0). Nesse mesmo sentido, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.133/RS, rei. Min. Ricardo Lewandowski, entendeu não haver ofensa à garantia do juiz natural, desde que respeitadas as exigências previstas em lei acerca da convocação.

10.3. Da ordem de julgamento, inclusão e publicação da pauta Distribuída a causa, os respectivos autos são encaminhados ao relator, que deverá estudar o caso submetido ao crivo do tribunal. Feito o estudo do caso, o relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar a causa. Lançada aos autos essa exposição, o relator fica vinculado à causa, devendo participar do julgamento, ainda que venha a ser removido para outra câmara ou turma. Nessa hipótese, não há modificação de competência; o caso não se desloca para a nova câmara ou turma da qual passou a fazer parte o relator. Continua o caso afeto à câmara ou turma originária, devendo o relator, que lançou o relatório nos autos, fazer parte do julgamento.

Todo aquele que lançar seu visto nos autos participará do julgamento, a não ser que sobrevenha caso de força maior, a impedir seu comparecimento (CPC, art. 552, § 3º), tal como falecimento, aposentadoria, licença médica, nomeação para compor um tribunal superior etc.

Lançado o relatório e tendo o relator aposto seu visto, os autos serão encaminhados à secretaria. Se o caso for daqueles que exigem a presença de revisor, os autos serão endereçados ao g.ibinete deste, que irá estudar o caso e apor seu visto, cabendo-lhe pedir dia para julgamento. Não havendo necessidade de revisor, é o próprio relator quem pede dia para julgamento.

Os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente do órgão, que designará dia para julgamento, mandado publicar a pauta no órgão oficial, sendo igualmente afixada na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento.

os embargos de declara1:ão e no agravo interno, não há inclusão em pauta de j ulgamento. Uma vez opo!-tos os embargos ou interposto o agravo, deve o relator apresentar o feito na próxima sessão de julgamento, quando, então, haverá de ser



realizada a apreciação colegiada do recurso, com a tomada da decisão correspondente. Se, em tal sessão de julgamento, não for apresentado o feito em mesa, deverá, entfto, haver inclusão em pauta. Se, apresentado o feito em mesa

na sessão seguinte, houver pedido de vista, o voto deve ser apresentado na sessão designada na forma do regimento imerno. Sendo ultrapassado o prazo regimental, deve haver i nclusão em pauta. J\ssi mjá decidiu o STJ: "PROCESSUAL C l V I L E ADMINlS

TRATI VO. EM PRESAS CONCESSIONÁ RIAS DE RODOVIAS. COBRANÇA

DE PEDÁGIO. VOTO-VISTA PROFERIDO FORA DO PRAZO REGIM ENTAL

SEM COMUN ICAÇÃO ÀS PARTES. EM BARGOS DECLARATÓRIOS. NU

LIDADE DO ACÓRDÃO. 1. O R ISTJ prevê prazo para que seja proferido o voto, em razão de pedido de vista. Sendo este ultrapassado, tendo havido sustentação oral, as partes devem ser comunicadas do novo dia determ inado pelo relator. Na espécie, o voto foi apresentado em data posterior ao determinado pelo art. 162 do referido regimento. 2. l lá cerceamento de direito de defesa assegurado às partes se estas são impedidas de conhecerem do julgamento. 3. J ulgamento anulado com a reinclusão do processo em pauta e oferecimento da oportunidade de sustentação oral pelas partes." (E Dei no REsp 417804/PR, Rei. Ministra DENISE A R RUDA, Rei. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 1 1110/2004 p. 235).

No mesmo sentido: "PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PEDI DO DE VISTA.

CONTI N U I DADE DO JU LGAMENTO APÓS 20 MESES. NOVA INCLUSÃO

EM PAUTA. AUSÊNCIA. CERCEAM ENTO DE DEFESA. 1 . Após pedido de vista, a nova inclusão do feito em pauta de julgamento é dispensável quando se mostra razoável o lapso temporal decorrido entre o início do julgamento e sua prolação. 2. No caso, o adiamento durou mais de 20 (vinte) meses. I mpediu-se, dessa forma, que a pane e seu patrono acompanhassem o desfecho do julgamento com a apresentação ou renovação de memorais e audiências junto aos magistrados, o que atenta diretamente contra o princípio da não surpresa garantido aos litigantes. 3. A lesão ao direito de defesa revela-se ainda mais manifesta dada a circunstância de que a composição da Turma sofreu drástica alteração neste interregno, pois todos os magistrados que participaram da

segunda assentada não eram membros do Órgão Colegiado na primeira sessão. 4. Precedente da Primeira Turma: EDResp 417.804/PR, Rei. Min. Denise Arruda, Rei. para acórdão Min. José Delgado, DJ U

1 1.10.04. 5. Recurso especial provido." (REsp 1 1 1 5393/RS, Rei. Ministro CASTRO

M E I RA, SEGUNDJ\ TURMA, julgado em 06/0812009, DJc 27/08/2009).

Feita a inclusão em pauta, esta deve ser publicada no Diário de Justiça com antecedência mínima de quarenta e oito horas da sessão de julgamento, sob pena de nul idade (súmula do STJ, n. 1 17). Realizado o julgamento, sem que tenha havido essa publicação da pauta com antecedência mínima de quarenta e oito horas, haverá defeito que poderá acarretar a aplicação da sanção de nulidade.

Operando-se esse defeito, cabe à parte prejudicada opor embargos de declara

ção para obter sua anulação ou, então, o prequestionamento da matéria, a fim de erigir a questão ao crivo do Superior Tribunal de Justiça mediante a interposição de recurso especial.

§



Na verdade, nessa hipótese, a parte, nos embargos de declaração, deve alegar que houve omissão na aplicação do § 1° do art. 552 do CPC, requerendo seja suprida, com a anulação do julgamento para que seja proferido outro, desta feita com a inclusão em pauta e a consequente publicação no prazo ali previsto.

Em vez de acolher os embargos para anular o julgamento e determinar a renovação de todos os atos processuais anteriores, é lícito ao tribunal, aplicando o 4° do art. 5 1 5 do CPC, determinar que os embargos de declaração sejam incluídos em pauta, obedecida a antecedência de quarenta e oito horas entre a publicação e a sessão de julgamento, renovando o julgamento ela apelação. Nessa renovação de julgamento, deve haver o respeito ao § 1° do art. 552 do CPC e, igualmente, ao enunciado 1 1 7 da súmula do ST J, garantindo, assim, sua publicidade e respeitando

-se, dessa forma, o contraditório, com a faculdade de o advogado apresentar sustentação oral. Assim, o vício será sanado, com a renovação do julgamento da apelação, feita nos embargos declaratórios.

Essa solução - ora defendida -já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo de existir o referido § 4° do art. 515 do CPC. Trata-se da melhor

solução a ser dada ao caso, eis que compatível com os desígnios de economia e instrumental idade das formas. ajustando-se ao princípio constitucional da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5°, LXXVJ ll). Com efeito, segundo anotado no mencionado precedente do STJ, "Não há nulidade se o Relator no Tribunal de origem, reconhecendo a falta de intimação das partes para o julgamento da Apelação, recebe a peça informativa como Embargos de Declaração e determina sua inclusão em mesa na sessão seguinte, para acolhê-los mas rejeitar a decisão anterior. Prejuízo não demonstrado"52.

Publicada a pauta com a antecedência de quarenta e oito horas e iniciada a sessão de julgamento, a causa deve ser apreciada na ordem de preferência prevista em lei. Exposta a causa pelo relator, faculta-se aos advogados a sustentação oral, colhendo-se, em seguida, os v tos dos julgadores. Proferidos os votos, o presidente do órgão anunciará o julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, aquele q e proferiu o primeiro voto vencedor.

10.4. Exposição da causa pelo relator

Consoante já restou acentuado, compete ao relator estudar o caso e elaborar uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar a causa. Na verdade, cabe ao relator, com o perdão do pleonasmo, elaborar o relatório.

52. Acórdão unânime da 5' Tum1a d< STJ, REsp 76.352/SP. rei. Min. Edson Vidigal, j. 28.03.2000, DJ de 02.05.2000, p. 155.

NULIDADE

ÜA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

O acórdão deve conter os mesmos requisitos da sentença, que estão previstos no art. 458 do CPC. Dentre tais requisitos, sobressai o relatório, que, na dicção do inciso 1 do referido art. 458 do CPC, "conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo".

Ao relator cabe expor sobre a argumentação desenvolvida por cada uma das partes. Se o relatório contém detalhada exposição sobre a argumentação apresentada por uma das partes, sendo omisso quanto à argumentação da parte contrária, há omissão e descumprimento do qua1Jto disposto no inciso I do art. 458 do CPC.

A falta de referência, no relatório, das razões de uma das partes implica, em última análise, ofensa ao princ ípio do contraditório. Isso porque a obediência ao princípio do contraditório constitui garantia da imparcialidade do juiz. O magistrado que não cumpre o primado do contraditório, deixando de registrar as razões alegadas por uma das partes, já terá, somente por isso, cometido uma parcialidade, por não haver investigado senão a metade do que poderia verificar53• Se isso ocorrer, não se anuncia aos demais membros do colegiado, de maneira expressa e detalhada, quais as razões apresentadas pela parte. Somente os fundamentos apresentados por uma das partes é que seriam narrados, com detalhes, no relatório, maculando o devido processo legal, por não se conferir tratamento igualitário às partes.

A omissão do relatório, consistente na falta de registro ou de narrativa da argumentação de uma das partes, pode ser corrigida no julgamento de embargos de declaração54• Não suprida a omissão, cabe recurso especial para se obter a correção do vício.

Enfim, cabe ao relator proceder à exposição da causa, narrando todo o ocorrido e registrando os argumentos utilizados por cada uma das partes, a fim de possibilitar aos demais membros do colegiado bem compreenderem a controvérsia posta a julgamento. Se, no caso, houver revisor, a este é franqueada a 53. ALONSO, Pedro Aragoneses. Proceso y derec!to procesal (in1rod11ccio11). 2• edicion. Madrid: Editorialcs de Derecho Reunidas. 1 997, p. 130.

54. "PROCESSO CIVIL. PREQUESTJO AMENTO. PRESSUPOSTO RECURSAL ESPECÍFICO DO

RECURSO ESPECIAL.

SURGIDA NO ACÓR DÃO. RELATÓRIO DO ACÓRDÃO DE

FICIENTE. ART. 458, 1 DO CPC. 1 - É necessário o prequestionamento explícito do tema recursai, ainda que tenha surgido apem1s no acórdão recorrido

e verse sobre sua nulidade. 11 - /1 deficiência do relatório do acórdão. que deixa de narrar a argumentação lógico-jurídica da recorrente. co11slil11i omissão a ser sanada pela oposição de embargos de declaração. A ausência de provocação do Tribunal de origem, sobre o tema de nulidJde ali surgido, atrai o óbice das Súmulas nº 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Ili - Agravo a que se nega provimento." (Acórdão unânime da 2• Turma do STJ, AgRg no Ag 239.313/PR, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 22/8/2000, D./ de 25/912000, p. 95: RST.J 1 40/164).

589



NEIRO

caso,

STJ

FREOU:: DIDIER JR. E LEONARDO CAR

DA CUNHA

possibilidade de complementar o relatório ou, até mesmo, corrigir imprecisões e falhas nele contidas.

10.5. Sustentação oral

10.5.l. Generalidades

Diante da garantia constitucional do contraditório, permite-se que, no julgamento a ser proferido pelo tribunal, possam as partes sustentar oralmente as razões de seus recursos, contribuindo para a reflexão dos julgadores, ao mesmo tempo em que tentam convencê-los do acerto de suas respectivas teses, com o que se contribui para uma decisão mais aprimorada. Realmente, assim dispõe o art. 554 do CPC: "Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze (1 5) minutos para cada um, a fim

de sustentarem as razões do recurso".

Tanto o recorrente quanto o recorrido podem apresentar sustentação oral. 55 E

o fazem na pessoa de seus advogados, a quem o sistema confere em regra capacidade postulatória. Durante a vigência do CPC de 1939, havia os que entendiam que o recorrido não poderia produzir sustentação oral, se não houvesse ofertado contrarrazões, pois, nesse

não existia o que sustentar56• Prevalecia, entretanto, o entendimento de qu , mesmo não apresentando contrarrazões, poderia o recorrido produzir sustentação oral, entendendo-se que foram adotados por ele os argumentos da decisão recorrida57•

Tudo leva a crer que tal orientação não se alterou diante das regras contidas no atual Código de Processo Civil. É lícito não apenas ao recorrente, mas também ao recorrido, apresentar sustentação oral na sessão de julgamento. O recorrido poderá fazê-lo. ainda que não tenha apresentado contrarrazões ao recurso, sustentando a manutenção da decisão atacada e defendendo a correção dos argumentos ali articulados.

55. O Ministério Público, quando atua como pai1e. também pode apresentar sustentação oral. No julgamento do MS 14.041 -DF, a I" Seção do

entendeu, todavia. que o Ministério Público não deve íazer sustentação oral como pane, pois já atua, na Sl!ssão de julgamento, como fiscal da lei, não sendo possível acumular. no mesmo caso, a qualidade de pane com a função de c11s1os legis. Não parece adequado o entendimento. Se o Ministério Público é parte no processo. dispõe de todos os direitos. faculdades. poderes, ônus. deveres das partes, devendo ser-lhe rranqucada a possibilidade de apresentar sustentação oral.

56. SEABRA FAGUNDES. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro: Forense, 1 946. p. 275.

57. MARTI S, Pedro Batista. Recursos e processos da co111pe1ência originária dos tribunais. Atual. por Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: ·orensc, 1957, n. 355. p. 426.

IN

ÜA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

10.5.2. O momento para a apresentação da sustentação oral

À exceção do relator e, em alguns casos, também do revisor, os demais membros do tribunal ou órgão colegiado julgam em virtude do que escutam na sessão de julgamento, não tendo acesso aos autos do processo. Proferir julgamento, levando em conta o que se ouve, pode privar o magistrado de, eventualmente,

não perceber determinado detalhe ou pode fazer com que seja desviada sua atenção ou perdida a concentração ou, ainda, que lhe escape uma particularidade do caso que lhe foi submetido a exame, influenciando no resultado da decisão a ser tomada.

Por essa razão e em virtude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, permite-se que o advogado, na sessão de julgamento, sustente oralmente as razões do recurso ou da ação erigida ao crivo do tribunal. Aliás, constitui direito do advogado apresentar a sustentação oral, segundo estabelece o art. 7º, IX, do Estatuto da Advocacia e da OAB - EOAB: "Art. 7°. São direitos do advogado: IX sustentar oralmente as razões ele qualquer recurso ou processo, nas sessões

-

de julgamento, após o voto cio relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido".

Enquanto o art. 554 do CPC dispõe que a sustentação oral será apresentada após a exposição ela causa pelo relator, o art. 7°, IX, do EOAB prevê que o advogado tem direito de sustentar oralmente as razões de qualquer recurso, após o voto do relator, o que é manifestação do princípio da cooperação, pois o advogado tentará convencer os demais julgadores, que não tiveram acesso aos autos e costumam impressionar-se com os argumentos do relator, já tendo por base os fundamentos do primeiro julgador.

Ao apreciar a ADI 1 1 05 MC / DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do inciso I X do art. 7º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), suspendendo, li minarmente, sua vigência. Segundo a decisão da Corte Suprema, não se franqueia ao legislador imiscuir-se no campo reservado aos regimentos internos dos tribunais, devendo a disciplina da sustentação oral confinar-se no âmbito destes últimos, sendo inconstitucional a lei que trate de tal matéria. Além do mais, no entendimento do STF, proferido o voto do relator, já se iniciara a fase decisória, não se permitindo que o procedimento retorne à fase postulatória para permitir a sustentação oral58. Esse entendimento foi ratificado 58. "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE

CONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7°, da Lei 8.906/94

(Estatuto da Advocacia e ela Ordem cios Advogados cio Brasil). que pospõe a suslentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos

lusitanos se não confundem eo111 os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do foto da elevação do Judiciúrio a Poder cio Estado e encontram no Direito Constitucional seu f'unclamento e previsão expressa. O ato cio julgamento é o momento culminante 591



no julgamento do mérito desta ADIN, em 17.08.2006, acórdão publicado no dia 04.06.2010. Não obstante, ainda há tribunais, como o TRT da S3. Região, em que a sustentação oral se realiza após a leitura do voto do relator59.

A sustentação oral deverá. então, ser apresentada pelo advogado após o relatório, mas antes do voto do relator (salvo regra regimental em sentido diverso).

Para tanto, poderá fazê-lo sentado ou em pé, consoante lhe assegura o art. 7°, XII, do EAOB6º.

Não custa repetir que a sustentação oral deve ser feita após o relatório, mas antes do voto do relator. Encerrada a leitura do relatório, será dada a palavra a cada um dos advogados pelo prazo sucessivo de 15 (quinze) minutos. Caso haja mais de um recorrente ou mais de um recorrido, cada um com advogados distintos, deve-se aplicar o art. 191 do CPC, dando-lhes prazo em dobro para se manifestar; esse tempo deve ser dividido por igual entre os dois ou mais advogados, a não ser que eles ajustem outra divisão61•

da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado cm seu regimento [ntemo, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A quesrno está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constiruição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua amonomia. ecessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do jud ciário e sua consequente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1 8 9 1 , tomou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a dcsoeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de urna ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria.

Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição. art. 5°, LIV e LV, e 96, l, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF

e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta." (Acórdão não unânime do Pleno do STF, ADI 1 105 MC/DF, rei. Min. Paul Brossard, j. 03/0811994. DJ de 27/04/200 l . p. 57).

59. Leonardo José Carneiro da Cunh<i, um dos autores deste volume, entende que, no âmbito dos tribunais.

é comum haver apenas as fases postulatória e decisória. A leitura do relatório pelo relator confina-se na fase postulatória. lnicíado o voto pelo relator, descerra-se a fase decisória, colhendo-se os demais votos.

Permitir que, após o voto do relator, seja apresentada a sustentação oral, é autorizar o retorno da fase decisória para a postulatória. tomando-se a voltar para a decisória, a fim de serem colhidos os demais votos.

Nesse caso, a sustentação oral re' estiria contornos de recurso ou de contrarrazões parciais: ao advogado seria conforida a oportunidade de a!Jlcar ou sustentar as razões do voto do relator, e não de seu recurso ou contrarrazõcs. Daí por que. no entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, a sustentação oral deve mesmo ser apresentada após o relatório. e não após o voto do relator.

60. "An. 7°. São direitos do advogado XI 1 - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribwial ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;"

6 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6° ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994. v. 5, n. 350,p. 575.

ÜA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

Se a causa exigir intervenção obrigató1ia do Ministério Público, encartando-se em uma das hipóteses do art. 82 do CPC, deverá o órgão do parquet ter direito a sustentação oral, também por 15 (quinze) minutos, após as partes62. É que o Ministério Público, quando atua como fiscal da lei, tem sempre a oportunidade de manifestar-se depois das partes, podendo, então, apresentar sustentação oral na sessão de julgamento, após a sustentação do recurso ou ação pelas partes63.

10.5.3. A publicidade como meio de viabilizar a sustentação oral Designado dia para julgamento da causa no tribunal, deverá ser publicada a respectiva pauta no órgão oficial. Na dicção do § 1 ° do art. 552 do CPC, deverá mediar entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas.

Não cumprido esse interregno mínimo, poderá ser invalidado o julgamento. É

o que, a propósito, estabelece o enunciado n. 1 1 7 da Súmula do STJ: "a inobservância do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, entre a publicação de pauta e julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade". Também poderá ser invalidado o julgamento se da publicação não constar o nome de alguma das partes ou o do advogado de qualquer delas, incidindo-se, no particular, o disposto no art. 236,

§ 1° do CPC64. Nessas hipóteses, somente não haverá nulidade se todos os advogados estiverem presentes à sessão de julgamento e não haja qualquer prejuízo.

A final idade dessa publicação, com certa antecedência, consiste em avisar aos interessados do julgamento, conferindo publicidade ao ato processual. Com isso, permite-se que os advogados possam comparecer à sessão de julgamento não apenas para assisti-la, mas, sobretudo, para apresentar, cada um, sua sustentação oral.

Exatamente por isso, se o julgamento for adiado por lapso considerável de tempo, deve haver nova inclusão em pauta, publicada com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas do dia da sessão em que for levado o recurso ou ação para continuação do julgamento. Não havendo, nesse caso, nova intimação, será nulo o julgamento65.

62. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 6" ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, V. 5, n. 3 5 1 , p. 576-577.

63. PINTO, Nelson Luiz. Código de Processo Civil inte1pre1ado. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 554, p. 1.653.

64. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comemários ao Código de Processo Civil. 6° ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, V. 5, 11. 345, p. 570.

65. Nesse sentido: "Processual Civil - Processamento do Recurso na Instância Ordinária - Julgamento Adiado por Lapso Considerável de Tempo - Posterior Julgamento sem Nova Intimação - Nulidade - arts. 236. §

1 º, 552 e 565 do CPC. 1 . São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas. 2. Viola os ans. 236, § 1°, 552

593



De igual modo, anulado o j ulgamento, sua renovação depende de nova inclusão em pauta, viabilizando-se nova oportunidade de sustentação oral, sob pena de nulidade66.

Enfim, havendo adiamento longo do julgamento ou vindo este a ser anulado, deve haver nova inclusão em pauta, conferindo-se às partes, por seus advogados, oportunidade para apresentação de sustentação oral.

10.5.4. Pedido de sustentação oral

Dispõe o art. 565 do CPC que: "desejando proferir sustentação oral, poderão os advogados requerer que na sessão imediata seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das prefe1ências legais". E seu parágrafo único acrescenta:

"se tiverem subscrito o requerimento os advogados de todos os interessados, a preferência será concedida para a própria sessão".

Os advogados que desejarem fazer a sustentação oral podem, como se vê, requerer seja-lhes conferida preferência na mesma sessão, desde que estejam todos presentes na sessão de julgamento. Caso não haja ali a presença de todos, poderá qualquer um deles requerer o adiamento do julgamento por urna sessão, a fim de que possa gozar de preferência, devendo haver nova .intimação para todos os i nteressados, a fim de que se dê publicidade ao adiamento e à preferência poshilada.

A finalidade desse procedimento consiste em "evitar que os advogados sejam

obrigados a aguardar por horas o julgamento de todas as causas e recursos que se encontram cronologicamente anterior na pauta de julgamento, em prejuízo de suas outras atribuições"67• Essa preferência - que não afasta nem se sobrepõe às preferências legais, de que são exemplos os julgamentos de mandado de seguran

ça, habeas corpus e habeas data pode ser requerida oralmente ou por escrito,

-

e 565 do CPC o julgamento de aut<>s, adiado por lapso consideràvel de tempo, sem a intimação do patrono da empresa, atrnvés de nova inclusiio em pauta. 3. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal a qua. oportunizando-se sustcntaç<io oral ao advogado ela parte, através ele nova inclusão cio feito cm pauta"'. (Acórdão unânime da 2• Tumia do STJ, REsp 415.027/PR, rei. Mia. Eliana Calmon, RDDP 20:230).

66. "Processo civil. Recurso especial. Apelação. Pedido de sustentação oral deduzido. Acórdão. Detenninação ele remessa do apelo a outro Trib111 ai. Embargos ele declaração. Anulação cio julgado anterior. Julgamento cio mérito cio recurso ele apelação sem nova inclusão do feito cm pauta. ui idade. - Acolhidos os embargos de declaraçâo para se anular o acórdão que cle1erminou a remessa ela apelação a ou/ro Tribunal, del'erá o fei10 ser nornme111e incluído e11 paula. a fim de que possa o advogado proferir sus1e111ação oral. nos lermos de pedido a11teriorme111e deduzido. - Não supre a nulidade o fato de os embargos de declaração terem sido incluídos em pauta paraj11lga111e1110, porqua1110 ncio se admi1e sus1et11açào oral na hipó1ese.

Recurso especial provido:· (AcórJão unânime da 3• Turma do STJ, R.Esp 528.348/PR, rei. Min. ancy Anclrighi. RDDP 1 1 :228).

67. PINTO, Nelson Luiz. Código de Processo Civil i111erpre1ado. Antonio Carlos Marcato (coorcl.). São Paulo: Atlas. 2004, n. 1 ao <111. 565. p. l .ll 70.



no início da sessão ou durante sua realização, mas sempre antes de i niciado o julgamento do processo68. Cada tribunal costuma estabelecer regras próprias para organizar os pedidos de preferência; os advogados devem estar atentos a essas peculiaridades.

A jurisprudência tem atenuado o rigor da regra, dispensando, até mesmo, o requerimento por escrito. Em despacho proferido na Reclamação nº 2.398-2, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, apreciando petição da

parte em que foi requerida a sustentação oral, decidiu que: "a sustentação independe, nos casos em que admitida, de requerimento, cabendo ao profissional da advocacia, real izaclo o pregão, assomar à tribuna e ao Presidente da Sessão dar-lhe a palavra"69.

Além de dispensar o requerimento por escrito, a jurisprudência não vem aceitando o pedido de adiamento feilo por um dos advogados, a não ser que se comprove justo motivo. E, invertendo a regra, somente se aceita o adiamento se todos os advogados assim postularem. Estando presente na sessão e desejando apresentar sustentação oral, o advogado deverá fazê-lo naquela mesma assentada.

Com efeito, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "a falta de decisão acerca de pleito, visando adiar sessão de julgamenlo, não enseja nulidade, porquanto o pedido de sustentação oral t.em o único efeito de imprimir ao processo respectivo uma preferência de julgamento na sessão erigi nariamente agendada, da qual as partes e seus advogados já estão devidamente cientificados. O adiamento a pedido de advogado de apenas uma das partes somente tem cabimento na hipótese de comprovado e juslo molivo que impeça o causídico de comparecer à sessão de julgamento; caso contrário o piei lo deverá ser inlentado pelos advogados de ambas as partes, sob pena de violação ao contraditório"7º.

68. MOR.EIRA. José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Cívil. 6" edição. Rio de Janeiro: Forense, 1 994, vol. 5, n. 3 75, p. 609.

69. Publicado na Revista Dialética de Direito Processual n. 25, p. 1 8 1 .

70. Acórdão unânime da 4' Tum1a do STJ, EDcl no REsp nº 520.547/SP, rei. Min. Fernando Gonçalves, RDDP

13:237.

Tal entendimento é referendado pela doutrina, impondo-se transcrever o teor das seguintes lições: "A literalidade do texto sugere que o pedido de preferência para a sessão subsequente pode ser formulado pelo advogado de apenas uma das panes e que para a mesma sessão haja necessidade de requerimento conjunto dos advogados de ambas as partes. Mas. e se apenas o advogado de uma das partes comparecer à sessão para a qual cstú marcado o julgamenlo do fei10. não poderá, isoladamente, requerer que, após julgados todos aqueles com preferência. seja o dele apreciado an1cs dos demais? Deverá permanecer na sala

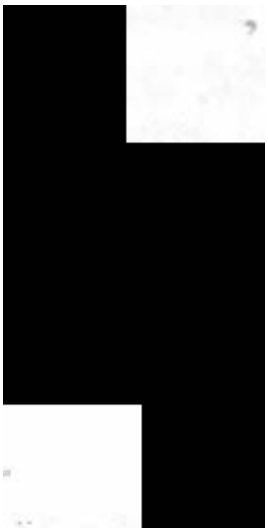
de sessões horas e horas até o momento cm que, na ordem da pauta, se encontrar o processo que lhe interessa? É isso razoável? Havcrú prejuízo para a parle contrúria, se o feito for julgado cm 1 5"

(décimo quinto) ou 36° (1rigési1110 sexto) lugar, se, de qualquer forma, o advogado presente profcrirú sustcn1ação oral? Não acn:dilamos possa decorrer nulidade do julgamento se tal providência for deferida ..

(FERREIRA FI LHO. Manod Caetano. Co111e111úrios ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT. 2001.

vol. 7, n. 1 ao art. 565, p. 386-387).

595



sessão,

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Tudo está a demonstrar, portanto, que, pretendendo apresentar sustentação oral, basta ao advogado fazer-se presente na sessão de julgamento, requerendo, oralmente, seja-lhe conferida preferência, vindo a, após a leitura do relatório, sustentar oralmente as razões ou contrarrazões do recurso.

10.5.5. Casos em que não se admite a sustentação oral

Enquanto o disposto no art. 7°, I X, do Estatuto da OAB prevê o direito de o advogado sustentar, oralmente, as razões de qualquer recurso, o art. 554 do CPC

excepciona, expressamente, os embargos de declaração e o agravo de instrumento. Com efeito, segundo consta deste último dispositivo, não se permite a sustentação oral nos recursos de agravo de instrumento e de embargos de declaração.

Como já restou acentuado, o STF, ao j ulgar a ADI 1 105 MC/DF, suspendeu a vigência do inciso IX do art. 7º do Estatuto da OAB, de forma que não se mantém a disposição que permitia a sustentação oral em qualquer recurso. Vige, então, o art. 554 do CPC, que afasta a possibilidade de sustentação oral em embargos de declaração e, igualmente, em agravo de instrumento.

Talvez por isso não haja, nos embargos declaratórios, a necessidade de inclusão em pauta. Ora, se a publicação da pauta destina-se a conferir publicidade para

que a parte compareça na

a fim de assistir ao julgamento e, querendo,

apresentar sustentação oral, é razoável supor que, não sendo cabível a sustenta

ção oral, não houvesse inclusão em pauta, nem intimação prévia. Realmente, o relator, mercê do art. 537 do CPC, deve apresentar os embargos de declaração em mesa, proferindo voto, independentemente de inclusão em pauta. Não parece, contudo, que a sustentação oral decorra, necessariamente, da inclusão em pauta.

Seu fundamento, como visto, está na aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Parece, em virtude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se deve admitir a sustentação oral nos embargos de declaração. É que o contraditório, nos termos da doutrina mais moderna, deve viabilizar um diálogo entre o órgão julgador e as partes permitindo uma atuação participativa e influente no resultado de qualquer julgamento71• É, no mínimo, de constitucionalidade duvidosa a restrição contida no art. 554 do CPC, não parecendo haver óbice para a sustentação oral no julgamento de embargos de declaração. Principalmente quando lembrada a lição, vista no capítulo sobre embargos de declaração, de que é possível que do julgamento dos embargos de declaração resulte modificação da 7 1 . GRECO, Leonardo. ··o princípio do contraditório··. Revista Dialética de Direi10 Processual. São Paulo: Dialética, mar. 2005, v. 24, p. 7 1 -79.



N

decisão embargada (parece que a restrição prevista no art. 554 do CPC parte da falsa premissa de que os embargos de declaração apenas servem para aclarar a decisão embargada, sem alterá-la).

De igual modo, não há razão para afastar a sustentação oral no julgamento do agravo de instrumento. A regra inserta no art. 554 do atual CPC reproduz o

disposto contido no art. 875 do CPC de 1939, que previa a sustentação oral, "se o recurso não for de agravo ou embargos declaratórios". Segundo esclarece Pedro Batista Martins, "quando o Código exclui os agravos, êle somente o faz porque, em sua sistemática, êsse não é o recurso cabível contra as decisões de mérito"72.

Diferentemente do que sucedia na sistemática do CPC de 1939, os recursos, no sistema atual, não dependem do conteúdo da decisão recorrida. Na sistemática do CPC de 1939, a sentença que extinguisse o processo sem exame do mérito seria atacada por agravo de petição, enquanto a sentença de mérito era desafiada por apelação. As decisões interlocutórias, por sua vez, não ostentavam conteúdo de mérito, sendo apenas algumas atacadas por agravo de instrumento; as demais eram irrecorríveis.

No sistema atual, não importa, para se perquirir qual o recurso cabível, o conteúdo da decisão. Em se tratando de sentença, seja terminativa ou de mérito, o recurso é um só: apelação. A decisão interlocutória, tenha ou não conteúdo de mérito, será atacada por agravo. Se a decisão interlocutória rejeita, por exemplo, a prescrição ou a decadência, a matéria será de mérito, mas caberá, de qualquer modo, o agravo, e não a apelação. Enfim, na sistemática em vigor, não é o conteúdo da decisão que define qual o recurso cabível.

Além do mais, no julgamento do agravo de instrumento também se analisa uma causa, podendo, até mesmo, o correspondente acórdão ser objeto de recurso especial e/ou extraordinário (Súmula do STJ, n. 86), e até mesmo embargos infringentes (súmula cio STJ, n. 255).

O que se percebe, em verdade, é que o j ulgamento cio agravo de instrumento não ostenta menos importância do que aquele proferido em apelação, em embargos infringentes, em recurso especial, em recurso extraordinário ou em qualquer outro recurso. É bem verdade que o sistema denota ter dado mais importância à apelação, aos embargos infringentes e à ação rescisória, pois nestes, como se viu, além de relator, há igualmente revisor. lsso, contudo, não é suficiente para afastar o cabimento de sustentação oral. É que outros recursos que não têm revisor admitem 72. MARTINS, Pedro B:nista. Rec111:ws e processos da co111peté11cia originária dos trib1111ais. Atualizado por Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1 957. n. 356, p. 426.



a sustentação oral. Ademais, a apelação, quanto interposta contra o indeferimento da petição inicial ou quando a sentença for proferida em procedimento sumário ou em ação de despejo (CPC, art. 551, § 3°), não comporta revisor, mas nem por isso está vedada a sustentação oral.

Não há, pois, qualquer fundamento razoável que permita afastar a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento, revelando-se contrária aos princípios do contraditório e da ampla defesa a iniciativa de proibi-la. Tudo

indica, então, que a restriçã.o contida no art. 554 do CPC, que veda a sustentação oral nos embargos de declaração e no agravo de instrumento, não se compatibiliza com a atual sistemática constitucional, sendo certo que se deve admitir a sustentação oral em qualquer recurso, com o que se põe em relevo a necessária contribuição dos advogados no julgamento e o indispensável diálogo que se deve nutrir entre advogados e magistrados. ão é sem razão, ai iás, que o advogado, por disposição constitucional, é indispensável à administração da justiça.

10.5.6. Aplicação do art. 557 do CPC e o cabimento da sustentação oral Da decisão proferida pelo relator que nega seguimento a recurso ou que já lhe dá i mediato provimento cabe um agravo interno (CPC, art. 557, § 1 °).

Infere-se dos termos do dispositivo que o agravo é interposto no prazo de 5

(cinco) dias, admitindo-se retratação. Não havendo retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto. Não há, portanto, inclusão em pauta de julgamento. De igual modo, não há previsão de contraditório, não havendo menção à necessidade de a parte contrária ser intima da para apresentar suas contrarrazões.

Assim. diante de uma simples leitura do dispositivo, conclui-se não haver contraditório no referido agrJvo.

Parece, para que a regra não seja considerada inconstitucional, que se deve conferir publicidade ao referido agravo, não somente porque todos os julgamentos devem ser públicos (e, portanto, anunciados com antecedência), mas também em razão do próprio princípio do contraditório. É que faz parte do princípio do contraditório dar ciência às partes dos atos a serem realizados no processo.

Não se revela, porém, admissível, no entendimento da Corte Suprema, a sustentação oral no agravo 111terno73. Sendo o STF o guardião da Constituição 73. "Processual Civil. Sustentação 01al em Agravo Rcgimeninl: Impossibilidade. Ofensa ao Devido Processo Legal: lnocorrencia. Embargos de Declaração: Aus�ncia de Pressupostos. ! - Impossibilidade de sustentação oral no julgamento de agravo re� imcntal (art. 1 3 1 , § 2°, Rl/STF). lnocorrência de ofensa ao art. 5°, LV.

CF: Precedentes. 1 1 - lnocorrênci 1 dos pressupostos dos embargos de

declaração: sua rejeição:· (Acórdão 598

N

DA ORDEM DO PROCESSO •os TRIBUNAIS

Federal e cabendo-lhe fixar o entendimento acerca das normas constitucionais, não há, no entendimento da Corte Suprema, tal inconstitucionalidade.

Incabível, portanto, a sustentação oral no julgamento do agravo i nterno.

Há, contudo, uma situação particular que, ao que parece, autoriza a apresentação de sustentação oral.

Como se viu, é possível ao relator do recurso já lhe negar seguimento, se a decisão recorrida estiver respaldada em súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior (CPC, art. 557, caput). De igual modo, é possível ao relator já dar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1 °-A).

Em tais situações, a parte contrária poderá interpor o agravo interno (CPC, art. 557, § lº), daí se seguindo a decisão colegiada. Nesse caso, o colegiado, ao apreciar o agravo interno, estará, em verdade, julgando o recurso. lmagine-se, por exemplo, que o relator, aplicando o art. 557 do CPC, já negou seguimento ou já deu provimento a uma apelação. Interposto o agravo interno, o colegiado irá, no seu julgamento, apreciar a apelação. Ora, se cabe sustentação oral em apelação, será, no julgamento desse agravo interno, cabível igualmente a sustentação oral.

10.5. 7. Sustentação oral versus esclarecimento de.fato

A sustentação oral não se confunde com o simples esclarecimento de fato.

Ao advogado se permite, em qualquer momento do julgamento, usar da palavra, pela ordem, para esclarecer fatos ou dúvida surgida na sessão. A propósito, assim dispõe o art. 7°, X, do Estatuto da Advocacia e da OAB: "Art. 7°. São direitos do advogado: X usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal,

-

mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;"

Como se viu, a sustentação oral deve ser apresentada, em regra, após o relatório, mas antes do voto do relator. O simples esclarecimento de fato não encontra esse limite: pode ser feito a qualquer momento, durante o julgamento.

A sustentação oral deve ser requerida previamente, antes de iniciado o julgamento da causa. Diversamente, o mero esclarecimento de fato pode ser feito

unânime da 2• Turma do STF. Emb. Decl. no Ag. Rg. no Agravo de Instrumento 457.404-1/MG, rei. ivlin.

Carlos Velloso. RDDP 13 :23 7).

599

FREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

durante o julgamento, independentemente de qualquer requerimento que

antecede o início das d iscussões entre os julgadores.

Enquanto a sustentação oral sofre limitações, não cabendo no julgamento de agravo de instrumento, de embargos de declaração e de agravo interno (com as ressalvas, feitas em linhas passadas, quanto à inconstitucionalidade dessas restri

ções), o simples esclarecimento de fato cabe em qualquer caso, não comportando qualquer ressalva.

Enfim, independentemente da sustentação oral, o advogado pode, no julgamento de qualquer recurso ou ação, esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento. A i ntervenção do advogado, no particular, destina-se (com o perdão do pleonasmo) a esclarecer/atos, não se lhe permitindo sustentar teses jurídicas, nem interferir nos votos lançados pelos julgadores, nem discordar do entendimento ali manifestado.

10.6. Pedido de vista

O pedido de vista - consagrado no § 2º do art. 555 do CPC74 - possibilita a qualquer um dos i ntegrantes do órgão julgador, que se considere inabilitado a proferi r seu voto de imediato, uma oportunidade de mais bem examinar os autos, a fim de esclarecer-se acerca de determinada questão. A vista pode ser em mesa, realizada imediatamente, com breve suspensão do julgamento, ou em gabinete, quando a sessão é suspensa, por até dez dias.

O relator não pode pedir vista, pois ele já viu os autos; a prática, porém, é frequente no foro, pois muitos relatores não vêem os autos, confiando em seus assessores. Rigorosamente, cm situações como essas, configura-se hipótese de pedido de retirada de pauta, feito pelo próprio relator.

Também não deveria pedir vista o revis01 pelos mesmos motivos.

Não poderá o j ulgador manter sob seu poder, indiscriminadamente, os autos do processo: o dispositivo sob exame fixa em uma sessão o limite de tempo para a vista. Essa limitação imposta visa evitar a procrastinação indefinida do feito - e é bastante razoável, notada mente porque a causa já foi relatada. Note que os autos devem ser devolvidos na primeira sessão ordinária subsequente, dispensada nova 74. "§ 2" Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 1 O (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá

na I' !primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta".

600

publicação em pauta, com prioridade sobre os demais feitos, como determina o art.

562, CPC: "Preferirá aos demais o recurso cujo julgamento tenha sido iniciado".

A observância do prazo legal estabelecido é de fundamental importância: a ocorrência do incidente previsto pelo art. 555 do CPC não poderá, em hipótese alguma, transmudar-se em um entrave ao julgamento do feito. Este pensamento se coaduna com lição de Barbosa Moreira:

"Os regimentos internos dos tribunais devem estabelecer regras que assegurem a observância do prazo: a demora em proferir-se o voto, após o pedido de vista, apaga ou enfraquece, nas mentes dos oulrosjuízes, a lembrança das características da espécie e, com isso, diminui a probabilidade de acerto na decisão".75

Ao descumprir a determinação legal que limita a vista dos autos a uma sessão (ou dez dias), o magistrado acaba por prejudicar a formação do convencimento dos demais membros do órgão julgador. Ora, é após a exposição do relator que o órgão vai deliberar sobre a matéria submetida a sua cognição. Ao pedir vista, o juiz interrompe essa etapa dos trabalhos. Se essa interrupção perdurar até a próxima sessão, ainda estarão os magistrados aptos a proferir seus votos sem qualquer prejuízo. Entretanto, passado algum tempo, parece óbvio que as informações acerca daquele processo não estarão mais vivas na memória dos membros do órgão julgador e o seu convencimento restará prejudicado.

A importância desse prazo é tão grande que, como raramente se vê, o enunciado i mpõe ao seu desrespeito uma importante e severa sanção: "não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta". O julgamento prosseguirá, e o julgador terá de proferir o seu voto na sessão.

O STF, regulamentando o art. 1 34 do seu Regimento I nterno, que, dentre outros propósitos, cuida do pedido de vista nos julgamentos do STF, editou a Resolução n. 278/2003, depois alterada pela Resolução n. 322/2006. Convém transcrevê-la integralmente:

Art. 1° O Ministro que pedir vista dos autos devera devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir a devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1° Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo.

75. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 650.

60 1



O

FRF.DIE 01D1ER lR. E LEONARDO CARNEIRO DA CuNIA

Art. 2º ão se dará a prorrogação automática prevista no § Iº do artigo anterior quando se tratar de processo de réu preso, caso em que findo o prazo do caput do art. 1° será feita a comunicaç1o ao Ministro.

Art. 3° Em se tratando de proi.:esso de inquérito e habeas-corpus, os autos deverão ser imediatamente encaminhados ao Gabinete do Ministro que pediu vista, independentemente de revisão e assinatura dos votos já proferidos.

Art. 4º À distribuição de hal eas-curpus, a Secretaria encaminhará cópias reprográficas ou em meio magnético da inicial e dos documentos que a instruem aos demais Min istros da Turma u do Plenário.

An. 5º As Coordenadorias de Sessões deverão manter rigoroso controle dos processos e dos prazos ora estabelecidos, devendo entregar ao respectivo Presidente.

a cada sessão, relatório circunstanciado a respeito.

Art. 6º Esta Resolução entrnrá em vigor em 29 de março de 2004.

10.7. Julgamento separado do juízo de admissibilidade e de cada um cios pedidos cumulados

Aspecto importantíssimo dos julgamentos em tribunal, e muitas vezes olvidado na prática, é o modo como devem ser apreciadas e decididas as questões relacionadas à admissibilidade do processo e as questões principais.

O juízo de admissibilidade e o juízo de mérito (do recurso, de um incidente, do procedimento principal) devem ser bem delimitados no julgamento. É preciso que o relator primeiramente exponha a sua conclusão sobre a admissibilidade, que será apreciada pelo colegiado. Superada a admissibilidade, o relator exporá a sua conclusão a respeito de cada um dos pedidos formulados pelo demandante (recorrente, autor da ação. requerente da instauração do incidente etc.). Haverá uma votação para cada pedido.

Perceba que o acórdão terá, no mínimo, dois capítulos: a decisão sobre a admissibilidade e a decisão de mérito. É possível, porém, que haja mais de um capítulo relativo à admissibilidade ou ao mérito: é que pode haver várias

questões de admissibilidade suscitadas ou vários pedidos cumulados. Para cada uma delas, uma votação separada se impõe. Veja o seguinte exemplo: bá uma apelação pendente em que se pretende a reforma de um capítulo da sentença e a invalidação de outro; o apelado suscitou que a apelação era intempestiva e que o recorrente era parte ilegítima. No julgamento dessa apelação, o tribunal poderá proferir até quatro decisões, que redundarão em um acórdão com quatro capítulos (podendo haver ainda um quinto capítulo sobre a verba da sucumbência): i) sobre a tempestividade do recurso; ii) superada a primeira questão preliminar, sobre a legitimidade do recorrente; iii) sobre o pedido de reforma; iv) sobre o pedido de invalidação.



DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIOUNAIS

Observe, que, assim, pode haver uma decisão não-unânime na admissibil idade (2X 1) e unânime no mérito (3XO). É que o juiz que proferiu o voto vencido na admissibilidade também deve votar no juízo de mérito (art. 561 do CPC: "Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação cio mérito, seguir-se-ão a discussão e j ulgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar").

Esse procedimento deve ser observado com rigor. O "isolamento" de cada uma

das decisões é fundamental para compreender, por exemplo, o art. 498 do CPC, que cuida dos embargos i11fi'i11ge11tes contra acórdão em que houve divergência parcial. A divergência parcial ocorre, exatamente, quando o colegiado profere acórdão em que há um capítulo (de mérito ou de admissibilidade) unânime e outro(s) não-unânime(s). É importante, também, para permitir à parte vencida, se assim o desejar, interpor um recurso parcial contra o acórdão, impugnando apenas urn(ns) capítulo(s) que poderia(m) ter sido impugnado(s).

Neste momento, é preciso relembrar duas 1 ições vistas em outros volumes deste Curso.

Primeiramente, o leitor deve rever o capítulo sobre a teoria da cognição (v.

1), que tem uma l ição importante: uma questão pode ser de admissibilidade para um procedimento e de mérito para outro. O cuidado com isso, em tema de recurso, precisa ser redobrado. Pense no seguinte exemplo: a incompetência é uma questão de admissibilidade do procedimento, mas pode ser uma questão de mérito da apelação. Assim, se o apelante pede a invalidade da sentença, em razão da incompetência absoluta do juízo, essa questão será resolvida como mérito do procedimento recursai. O juízo de admissibilidade desse recurso envolverá a discussão e decisão de questões como a tempestividade ou regularidade formal da apelação. Muitos j ulgadores em tribunal confundem-se a respeito disso, julgando como "preliminar" de apelação aquilo que, de fato, é seu mérito. É

preciso separar, pois, a questão prel i 111 inar (de admissibi 1 idade) do proced imento que tramita no tribunal da questão preliminar do procedimento que tramitou em primeira instância.

Só assim para aplicar devidamente o disposto no art. 560 do CPC: "Art. 560.

Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela".

Remete-se ao leitor, ainda, ao capítulo sobre a teoria da decisão (v. 2), em que se explica a teoria dos capitulas de sentença, fundamental para a compreensão do quanto dito neste item.

O

fREDIE DIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA Cu HA

1 0.8. Correção de defeito processual no julgamento em tribunal Embora pareça lição comezinha, é preciso alertar: se o tribunal constata a existência de um defeito processual relevante, tem o dever de determinar a sua correção ou o aproveitamento do ato defeituoso, aplicando o sistema de invalidades processuais (arts. 243-250 do CPC) que também lhe é dirigido.

Mesmo não havendo necessidade de regra específica para cuidar do assunto, o legislador foi, neste ponto, bastante precavido e resolveu "pecar pelo excesso (quod abunda! non nocet)".

Previu isso no § 4° do art. 5 1 5 do CPC, que cuida da apelação e já foi examinado: "§ 4° Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prossegui rá o julgamento ela apelação".

E repetiu no parágrafo único do art. 560 do CPC: "Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprível, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício".

1 0.9. A dispersão de votos (quando não se atingiu a maioria). O voto-médio
Como o julgamento em tribunal é, em regra, colegiado, o resultado é obtido pela soma dos votos proferidos. Assim, o julgamento pode operar-se por unanimidade ou por maioria de votos. Há casos, contudo, em que não se consegue alcan

çar uma maioria, caracterizando o que se chama de dispersão de votos, situação identificada pelos espanhóis como discordia e pelos franceses, como partage76•

A dispersão de votos pode verificar-se de forma quantitativa ou qualitativa.

Tome-se como exemplo de dispersão quantitativa aquele em que o relator profere voto estimando o valor da c ndenação em 100, o revisor em 80 e o vogal em 50.

Por sua vez, ocorre dispersão qualitativa, quando cada voto indica um resultado diferente, a exemplo da hipótese em que o relator conferi u a guarda da criança à mãe, o revisor, ao pai e o vogal, à avó materna.

Indaga-se qual a solução a ser adotada nessas hipóteses.

No caso de dispersão quantitativa, adota-se o chamado voto médio, que é obtido por duas maneiras diferentes.

76. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Embargos infringentes. 2• ed. São Paulo: Saraiva, 1 974, p. 137.

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

A primeira delas é identificada como sistema de continência, em razão do qual se adota como vencedor o voto que se encontra entre as extremidades dos demais posicionamentos. Em outras palavras, adota-se o "voto do meio"; daí o termo voto médio. No exemplo aventado, em que o relator votou por 100, o revisor, por 80 e o vogal por 50, o voto médio seria 80, exatamente por estar

"no meio", entre 100 e 50. Na verdade, 80 está inserido em 100, significando dizer que quem votou por 100 também votou por 80. Logo, a maioria entendeu que o valor correto seria 80.

Se o órgão julgador for composto de cinco membros, a solução, pelo sistema de continência, é a mesma: adota-se o voto "do meio" ou o chamado voto médio.

Assim, imagine-se, por exemplo, que um julgador entende que o valor correto é 100, outro 80, o terceiro vota por 50, o quarto, por 30 e o quinto, por 10. Por essa sistemática, o resultado, por maioria, é de 50, por estar "no meio", entre as extremidades dos demais posicionamentos. Ademais, quem deu 100 e quem deu 80 deram igualmente 50. Logo, a maioria entendeu por 5077.

A segunda maneira de resolver a dispersão quantitativa é pelo sistema da média aritmética, em virtude do qual se soma o valor contido nos diferentes votos, dividindo-se o total pelo número de votantes. Assim, no exemplo anterior, em que o relator estimou o valor da condenação em 100, o revisor em 80 e o vogal em 50, o voto médio seria obtido pela média aritmética, resultando num julgamento por maioria em que o valor seria de 76,6678. Note que, aplicada essa técnica, o voto médio seria um voto que não foi proferido por qualquer julgador; assim, todos os votos proferidos seriam considerados "derrotados", solução que seria arrematado contrassenso (Edcl em Resp n. 219.064/RJ, rei. M in. Aldir Passarinho Jr., publicado no DJ de l 1 .06.2001).

A maneira tida como a mais adequada é a do sistema de continência, por oferecer a melhor solução para a di.spersão quantitativa, refletindo, realmente, o entendimento majoritário.

Essa solução é, de fato, a melhor para se definir o resultado do julgamento, mas não se trata de boa solução para definição do cabimento de embargos infringentes ou para dei i mitação de seu objeto. Volvendo-se ao exemplo já citado, em que o relator o relator estimou o valor da condenação em 1 00, o revisor em 80 e o vogal em 50, não há definição precisa quanto a que parte da decisão 77. Sobre o sistema de continência, consultar, por wdos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 655.

78. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Embargos infringentes. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 137.



N

i

podem ser interpostos embargos infringentes, sobretudo porque tal recurso somente é cabível, atualmente, se a sentença for reformada por maioria de votos

(CPC, art. 530), significando dizer que somente o apelado ou o réu na ação rescisória pode dele se valer. A melhor solução, para se aquilatar o cabimento dos embargos i n fringentes, é valer-se da teoria dos capítulos de sentença. A dispersão quantitativa acarreta, em verdade, a decomposição do valor discutido, retalhando-o em capítulos diversos. Assim, no aventado exemplo, em que o relator estimou o valor da condenação em 1 00, o revisor em 80 e o vogal em 50, houve julgamento, por unan imidade, na parte relativa aos 50. A diferença entre os 50 e os 80, ou seja, esses 30 que existem entre tais valores foi julgado por maioria de votos. E os 20 restantes foram objeto de voto vencido, eis que conferidos por, apenas, um julgador.

Parece, como se vê, que a melhor solução está não na adoção ou fixação do voto médio, mas na decomposição do valor para considerar cada um como um capítulo autônomo do julgamento, levando em conta a votação relativa a cada um deles. Eis a solução para a definição cio cabimento dos embargos infringentes. Para se aferir o resultado, quando se tratar ele julgamento do qual não caibam embargos infringentes (como, por exemplo, num recurso especial ou extraordinário), é suficiente adotar o voto méd o, obtido pelo sistema da continência.

No caso da dispersão qualitativa, a solução não pode ser pelo chamado voto médio. Relembre-se o exemplo já aventado: o relator conferiu a guarda da criança à mãe, o revisor, ao pai e o vogal, à avó materna. Qual o resultado? Nenhum. Na verdade, não há, nesse caso, acórdão. É que acórdão, como se viu, consiste num acordo, num consenso, numa concordância quanto ao resultado. Para que haja acórdão, deve haver, ao menos, dois votos no mesmo sentido.

Em havendo dispersão qualitativa, a solução consiste em designar um novo julgamento para que se chegue a algum consenso ou convocar outros magistrados, a fim de que haja adesão a um dos votos já proferidos. Somente assim se obtém algum consenso, algum acordo, daí surgindo um acórdão.

Na verdade, segundo esclarece ARAKEN DE Assis, há três sistemas que oferecem solução para a dispersão qualitativa: a) o da supervotação, que exige a convocação de outros juízes, em número suficiente para o sufrágio de urna das teses; b) o da opção coata, que exige nova votação, mas persistindo o impasse, impõe que os partidários das correntes menos sufragadas adiram a uma das correntes majoritárias; c) o da exclusão, que consiste em pôr em votação somente duas das opiniões discordantes, procedendo à votação de qual delas há

de prevalecer. Para ARAKEN DE ASSIS, todos os sistemas são imperfeitos e
606

passíveis de críticas. N a sua opinião, essa é uma solução a ser dada pelo regimento interno de cada tribunal79.

10.10. Mod ificação de voto

Discute-se se é possível, em julgamento colegiado, a alteração de voto após a proclamação do resultado.

Não é possível.

Com a proclamação do resultado, dá-se por encerrada a atividade jurisdicional de conheci mento80, somente podendo o órgão j urisdicional alterar a decisão por meio de embargos de declaração ou para corrigir-lhe erro material ou erro de cálculo (art. 463 do CPC, aplicado a qualquer decisão judicial)81 .

O art. 556 do CPC também ratifica isso: "Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor". É como afirma Barbosa Moreira: "Realmente, que utilidade terá a proclamação do resultado pelo presidente, se o panorama ainda é suscetível de alterar-se até o fim da sessão? Devemos entender que se cuida de uma 'proclamação provisória' e de um 'resultado idem'? (...) Caso a retificação superveniente venha a inverter o desfecho da votação, ficará sem efeito a designação do redator do acórdão?" 82.

Nesse sentido, STF, 2ª T., R MS 2 1 .827-8 rei. Min. Carlos Velloso, j. l º. 3 . 1994, DJU de 25.3 . 1 994, p. 6.012.

Explica Pontes de Miranda:

"A proclamação é que encerra o julgamento, mas o seu elemento de declaratividade supõe que, iniciado o anúncio do resultado, já não se possa alterar qualquer elemento do julgado. Não só depois dela já se não admite a modificação do voto; quando ela começa o que se vai declarar, já está feito com caráter definitivo"8J

Mas ainda há outros argumentos: a) o advogado, que já tenha procedido a sustentação oral ou feitos os esclarecimentos que se mostrem necessários, ficará 79. Manual dos recursos eh-eis. São Paulo: RT, 2007. n. 34. 1.3. p. 348-349.

80. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ·'Julgamento colegiado - modificação de voto após a proclamação do resultado'?" Temas de direito processual - sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001 , p. 107.

8 1 . MOREI R/\, José Carlos Barbosa. "Julgamento colegiado - modificação de voto após a proclamação do resultado?"", cit., p. 1 09.

82. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Julgamento colegiado - modificação de voLo após a proclamação do resultado?", cit., p. 1 09.

83. M IRANDA, Francisco Cavalcan1i Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, t. 8, p. 22 1 . Assim, também, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislaçcio extravagante. 9" cd. São Paulo: RT, 2006, p. 82 1 .

impedido de manifestar-se sobre o novo voto, "a menos que se lhe i mponha o ônus,nada razoável, de assistir à sessão até o fim"84; b) é possível que, entre a proclamação do resultado e a sua modificação, algum dos membros do colegiado se haja ausentado e, assim, ficará excluído da nova manifestação85.

1 1 . I NCIDENTES EM J ULGAMENTO DE TRIBU NAL

Há incidentes processuais exclusivos dos julgamentos em tribunal. Três deles são bastante conhecidos e relevantes: o incidente de decretação de inconstitucional idade (arts. 480-482 do CPC), o incidente de uniformização de jurisprudência (art.s 476-479 do CPC) e o incidente de deslocamento da competência para julgar o recurso (art. 555, § 1 °, CPC). Eles merecem um tratamento destacado e receberão, por isso, capítulo próprio (note que o incidente de deslocamento é estudado conjuntamente com o incidente de un[formizaçào, em razão de suas semelhanças).

84. MORELRA, José Carlos Barbosa "Julgamento colegiado - modificação de voto após a proclamação do resultado?", cit., p. 108.

85. MOREIRA, José Carlos Barbosa "Julgamento colegiado - modificação de voto após a proclamação do resultado?", cit., p. 108.

CAPÍTULO XV

INCIDENTE D E UNIFORM IZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO

DE I NCONSTITUCIONALIDADE E M TRI BUNAL

Sumário • 1 . Considerações gerais sobre os incidentes em julgamento de tribunal - 2 . Uniformização da jurisprudencia (arls. 476-479 do CPC) - 3.

Uniformização da jurisprudência: distinção com o incidente de julgamento de recurso (art. 555, § 1º, CPC) e com os embargos de divergência - 4. Incidente de decretação de inconstitucionalidade da lei (arts. 480-482 do CPC): peculiaridades.

1 . CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS INCI DENTES E M J U LGA

MENTO DE TRI BUNAL

Em qualquer causa que tramite em tribunal (de sua competência originária, remessa necessária ou recurso)1, podem surgir alguns incidentes processuais, que lhe são típicos. Dois desses incidentes serão examinados neste capítulo: o incidente de uniformização de jurisprudência e o incidente de decretação de inconstitucionalidade da lei. Eles têm uma estrutura procedimental bastante parecida, com características gerais comuns. Neste item serão examinadas as características gerais, que se aplicam a ambos os incidentes, indistintamente. Para cada incidente há um tópico destacado, no qual se examinam as suas peculiaridades.

Natureza jurídica. Conforme anunciado, esses institutos possuem a natureza de incidente processual. Não são recurso2, nem ação autônoma de impugnação nem outro meio de impugnação atípico3 de decisão judicial, pois, ao contrário, servem como etapa no processo de criação da decisão, e não da sua impugnação.

Objetivo. Esses incidentes têm por função transferir, a um outro órgão do tribunal, a competência funcional para a análise de determinadas questões de direito, examinadas incidenter tantum e havidas como relevantes para o deslinde da causa.

1 . MOREfRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cil., p. 9 e 37.

2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, t. 6, p. 4. O autor, entretanto, parte de uma premissa de que o incidente de 1miformização de jurisprudência somente ocorre cm julgamento de recurso - e, assim, também teria natureza de recurso. Sucede que, como visto, os incidentes podem acontecer em qualquer j ulgamento de tribunal, e não somente em recurso.

3.

Ovídio Baptista da Silva, embora eutenda que o incidente de uniformização de jurisprudência não é um recurso, o coloca como um outro instrumento de impugnação de decisão jurisdicional (Curso de Processo Civil. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 476-477).

609

Em toda decisão judicial, o órgão julgador examina as questões incidentes e a questão principal, que é o pedido. Normalmente, o exame das questões incidentes é da competência do juízo que examinará a questão principal.

Suscitado e admitido o incidente, porém, ocorre uma divisão da competência: um órgão julgador fica com a competência para julgar a questão principal e as demais questões a respeilo das quais não foi suscitado qualquer incidente, e outro fica com a competência para julgar a questão incidente sobre a qual versa um desses institutos ora examinados. Vejamos o exemplo: a) tramita um recurso em uma câmara cível; b) suscita-se e admite-se o incidente de uniformização de jurisprudência; c) suspende-se o andamento do processo no órgão originário e a causa é transferida a um outro órgão do tribunal (órgão colegiado maior: grupo de câmaras, seção, órgão especial etc.), indicado pelo regimento interno do tribunal, que terá a competência para examinar a questão a respeito do qual versa o incidente; d) decidida a questão incidente, voltam os autos ao órgão originário, de quem é a competência para prosseguir no julgamento do feito, decidindo as demais questões incidentes, sobre as quais não houve a instaw-ação do incidente, e a questão principal.

É importante, porém, que se perceba o seguinte: a) o incidente só pode ter por objeto uma questão incidente; b) essa questão incidente tem de ser uma questão de direito; c) a questão de direito incidente tem de ser relevante para o julgamento da questão principal. No caso da un((ormização de jurisprudência, a questão incidente de direito é aquela discutida na causa, sobre a qual há controvérsiajurisprudencial atual interna co1poris (dentro do mesmo tribunal).

A 1 ternativamente, cabe a uniformização de jurisprudência para prevenir potencial d ivergência no âmbito interno do tribunal. No incidente de decretação de inconstitucionalidade, a questão de direito incidente é a prejudicial de inconstitucional idade.

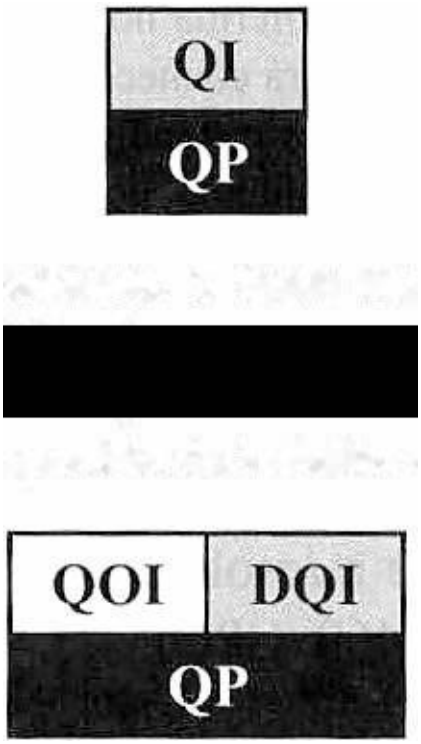
É preciso lembrar o que foi dno no capítulo sobre a teoria da cognição, que está no v. 1 deste curso. Questão incide111e é aquela i11cide111er 1antu111; esta fonna de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado lem de resolver a questão como etapa necessária do seu j ulgamento, mas não a decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabil idade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos falos e a apreciação da questão prejudicial, decidida

incidentemente no processo.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução pri11cipaliter: compõem o objeto do juízo. São chamadas de questões principais. Somente em relação a essas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.

6 1 0

IN



CIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO ...

Após a decisão do incidente, conforn1e foi dito, a causa volta ao órgão julgador originário, que deve ultimar o julgamento do feito, resolvendo as demais questões incidentes e decidindo a questão principal. O órgão originário fica vinculado à solução que o colegiado maior deu à questã.o incidente - a solução "incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável"4• Note-se que, assim, a decisão final será produto do trabalho de dois órgãos j ulgadores: o órgão originário, que ficou responsável pela decisão da questão principal e de algumas questões incidentes, e o órgão colegiado maior, que resolveu a questão de direito objeto do incidente que fora suscitado. Trata-se, então, de exemplo de julgamento subjetivamente complexo.

- Situação em que não houve o incidente. O órgão fracionário originário resolve as questões incidentes (Ql, cinza) e a questão principal (QP, preto). A decisão judicial é produto do trabalho exclusivo deste órgão jurisdicional.

- Situação em que houve o incidente. O órgão fracionário originário resolve as

demais questões incidentes (DQI, cinza) e a questão principal (preto). O órgão colegiado maior resolve a questão objeto do incidente (QOI, branco). Perceba que, neste caso, a decisão judicial é produto do trabalho de dois órgãos jurisdicionais.

Essa constatação é importante para resolver o problema da competência para o julgamento de futura ação rescisória deste acórdão. É possível que a competência para rescindir acórdão de uma câmara do tribunal seja diferente da competência para rescindir o acórdão de um grupo de câmaras (colegiado maior), a depender do que prescrever o regimento interno do tribunal. Nesse caso, a competência para a ação rescisória será do órgão do tribunal que tiver competência para rescindir decisão proferida pelo órgão colegiado maior, mesmo que a participação desse colegiado, no j ulgamento rescindendo, se tenha restringido à resolução de uma questão incidente. Por exemplo, no Tribunal de Justiça da Bahia: a competência para julgar ação rescisória de decisão de câmara cível é elas câmaras cíveis reunidas; suscitado o incidente, e decidida a questão incidental pelas câmaras civeis reunidas, eventual ação rescisória deste j ulgamento será da competência do Tribunal Pleno, a quem compete j ulgar a ação rescisória dos j ulgados desse 4.

MOREIRA, .José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 48.



S

grupo de câmaras. Egas Moniz de Aragão enfrentou o problema, tratando especificamente do caso do incidente de decretação de inconstitucionalidade, mas as suas conclusões servem para ambas as modalidades ora examinadas.

"Considerando ser: a) subjetivamente complexo o julgamento que, observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal, aprecia questão constitucional; e b) incindível o objeto do juizo no julgamento da ação rescisória, de tal modo que não pode caber a mais de um tribunal, ipso facto não pode caber a mais de um órgão do tribunal; a conclusão é uma só: a competência em tal hipóteses é do órgão maior. Para tal efeito é irrelevante que haja sido, ou não, declarada a incons-litucionalidade. Se não o fora, a rescisão visará a que o seja; se o fora, à sua des-coostituição. Por exce

ção que confirma a regra, poderá acontecer de o pedido ferir apenas a parte final do julgamento, de tal sorte que, mantido o pronunciamento sobre a constitucionalidade, a rescisão vise tão-só a alguma aspecto do próprio epílogo do julgamento, no órgão fracionário em que se iniciara. Nesse caso será atingida unicamente a conclusão do julgamento, apenas a manifestação do órgão fracionário ao completá-lo, sem afetar por qualquer modo a declaração proferida no órgão plenário. Afora tal hipótese, porém, somente o órgão ma10r poderá conhecer da ação rescisória e julgá-la visto que, não competindo ao órgJo menor rescindir julgado do órgão maior, o pronunciamento deste último permaneceria hígido, por ser imune a rescisão perante órgão inferior, funcionalmente incompetente".5

inexistência de coisa julgada. Exatamente porque o seu objeto é uma questão não-principal, a decisão do incidente comporá a fundamentação da decisão final e, portanto, não está apta a ficar imune pela coisa j ulgada material. A coisa julgada material não recai sobre a resolução das questões que se encontram na fundamentação da decisão (art. 469, CPC).

lrrecorribilidade. A decisão do incidente é irrecorrível, porque ainda não há decisão final. Trata-se, como visto, de decisão sobre uma questão incidente. Recorrível é o acórdão do órgão originário que completar o julgamento. É possível, porém, admitir o cabimento de embargos de declaração6, para o esclarecimento de alguma obscuridade ou contradição porventura existente no acórdão que julgar o incidente. Recorrível é a deci ão do órgão jurisdicional originário que completar o julgamento. O recurso cabível contra essa decisão pode ser embargos infringentes, recurso ordinário constitucional, recurso especial, recurso extraordinário etc. A propósito, vale conferir o enunciado n. 5 1 3 da súmula da jurisprudência predominante do STF: "A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou 5.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz dc."Competência para rescindir o julgamento previsto no an. 97 da Constituição Federal". Estudos em Homenagem a Luiz Machado Guimarães. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. l50.

6.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 48-49; GRECO

FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 16 cd. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 364; SOUZA, Bernardo Pimentel. "Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil". Leituras complememares de processo civil. 3 ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 1 13.

6 1 2

INCIDENTE DE UNlrüRMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO ...

extraordinário, não é a do pleno que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito".

Intervenção do Ministério Público. Em ambos os incidentes, a intervenção do Ministério Público é obrigatória (arts. 478, par. ún, e 480, do CPC). Justifica

-se a intervenção no interesse público que há na uniformização de jurisprudência (garantidora da segurança j urídica) e na decretação da inconstitucionalidade de uma lei, também relacionada com a segurança jurídica, porquanto, decretada a inconstitucionalidade de uma lei, rompe-se com o princípio da presunção de que as leis são constitucionais.

Vários incidentes. É possível que, em um mesmo processo, seja suscitado mais de um incidente.

2. U N I FO RM I ZAÇÃO DA J URJSPRUDÊNCIA (ARTS. 476-479 DO CPC)
O relevante papel da jurisprudência como fonte do direito parece atualmente indiscutível. Não somente como uma garantia de previsibi lidade das decisões judiciais, aspecto do princípio da segurança jurídica 7, mas também pela consagração, em nível constitucional, da força vinculativa dos precedentes jurisprudenciais do STF, em matéria constitucional, consolidados na súmula da sua jurisprudência predominante (a chamada "súmula vinculante"), ex vi do § 3º do art. 1 03 da CF/88 (EC n. 45/2004). Além da "súmula vinculante", há outros instrumentos processuais criados com o objetivo de garantir a harmonização da jurisprudência, como o recurso especial fundado na letra "c" do inciso m do art. 1 05 da CF/88

(divergência entre tribunais na aplicação de lei federal) e o recurso dos embargos de divergência, que tem o objetivo de uniformizar a jurisprudência interna corporis nos tribunais superiores.

O incidente de uniformização de jurisprudência também faz pa1te desse sistema de mecanismos processuais para a composição das divergências j urisprudenciais. Está regulado pelos arts. 476-479 do CPC. O seu objetivo é a u11iformização de jurisprudência interna co1poris dos tribunais.

Eis os pressupostos específicos para a instauração deste incidente.

Que esteja em curso (não cabe se houver encerrado o procedimento em tribunal) um julgamento de recurso ou processo de competência originária dos tribunais numa câmara, grupo de câmaras ou turma. Se o julgamento se desenvolve 7.

Sobre o tema, imprescindível a leitura de VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência - segurança jurídica e dever de 1111iformiz01: São Paulo: Atlas, 2003. p. 1 7-86.

no plenário, ou no órgão especial, não é o caso de se suscitar o incidente, porque o próprio pleno fixará a tese jurídica que entender cabível8. Quanto ao órgão especial, este exerce, nos tribunais em que ele existe, as mesmas funções jurisdicionais que seriam atribuídas ao plenário (CF, art. 93, Xl). "Não é necessário que o julgamento incida sobre matéria de mérito A lei não faz qualquer distinção a esse respeito"9.

Cabe até mesmo em julgamento de embargos de declaração, conforme visto no capítulo a eles destinado.

Questão de direito controvertida e relevante para a solução do caso concreto.

A questão de direito controvertida pode ser substancial ou processual. É preciso que exista divergência jurisprndencial entre juízes, não bastando a discussão doutrinária; o dissídio relevante é unicamente o que oponha julgados de órgãos do mesmo tribunal. O julgamento da causa deve depender da solução que se der à questão de direito controvertida.10 "É insuficiente a divergência entre votos", é preciso que o dissídio oponha julgamentos11•

Barbosa Moreira enumera as três situações que ensejam o referido incidente: a) A divergência existe entre a decisão da qual se recorreu para a turma, câmara ou grupo de câmaras, e algum acórdão, anterior ou posterior àquela, de outra turma, câmara ou grupo, não reformado nem anulado;

b) Entre o próprio julgamento em curso e algum acórdão de outra turma, câmara, grupo, não reformado nem anulado. Perceba que é possível que a divergência ocorra no curso de um julgamento. "Assim, se pelo número de votos proferidos se verifica, em dado momento, a prevalência de interpretação diferente da fixada noutro julgamento, qualquer Juiz que haja de votar pode suscitar o incidente"12

c) Entre dois acórdãos proferidos antes do julgamento por órgãos distintos do mesmo tribunal, não reformados nem anulados.

O art. 476 do CPC prevê as seguintes hipóteses de cabimento do incidente de uniformização de jurisprudência: "I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; ll - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas". Notou Barbosa Moreira que sob a redação <lo inciso l , por ser tão ampla, já caberia o próprio caso previsto no inciso 11.13

8.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cil., p. 9.

9.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ccl. ciL., p. 1 O.

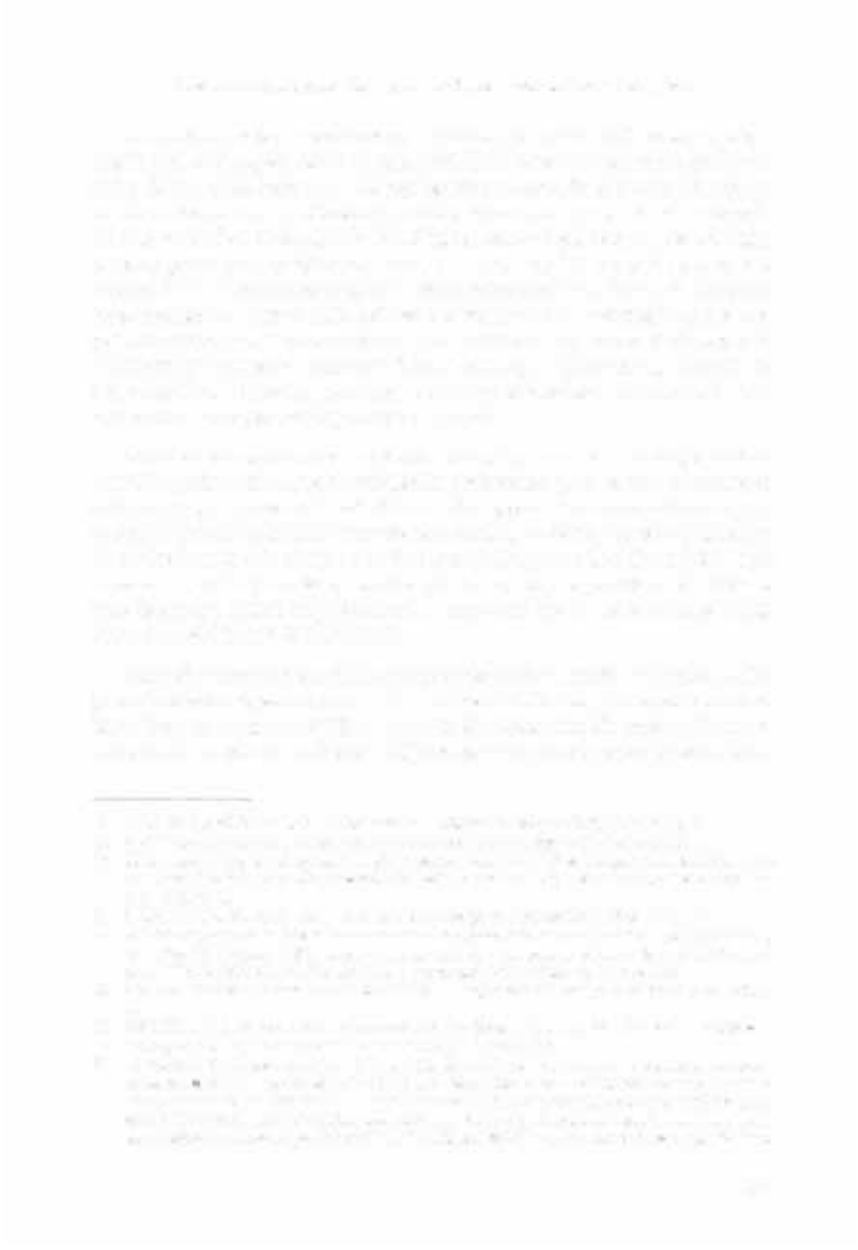
1 O. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come11tários ao Código de Processo Ci1·i/, 12 ed. cit., p. 14.

1 l . MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comemários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cil., p. 14.

12. MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 cd. cit., p. 1 2.

1 3 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come11tários ao Código de Processo Civil, 12 cd. cit., p. 12.

6 1 4



INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO ...

O incidente pode ser suscitado por qualquer juiz que haja de votar no julgamento (art. 476, caput, CPC) ou pela parte (recorrente ou recorrido, parágrafo único do art. 476). Juízes impedidos/suspeitos ou que não têm voto não podem suscitar o incidente14• O Ministério Público atuando na qualidade de parte pode suscitar o incidente. Se o Ministério Público custos legis recorreu da sentença, torna-se parte no procedimento recursai e, nessa qualidade, pode provocar o incidente15-16. O assistente simples também pode suscitar o incidente, eis que é parte

auxiliar17• A provocação pode ser por escrito ou em sustentação oral, a despeito do silêncio do texto normativo1 8 - nesse último caso, a prova da divergência é também indispensável, e deve ser feita na hora, op01tunizando-se, obviamente, o contraditório. É preciso apresentar a prova da divergência. A suscitação pode ocorrer até a prolação do julgamento da causa19•

Urna vez requerida a instauração do incidente, é preciso que o órgão jurisdicional originário reconl1eça a divergência, por acórdão, para, só então, remeter os autos ao colegiado maior. A existência da divergência é matéria preliminar, que compõe o juízo de admissibilidade desse incidente, podendo, inclusive, ser objeto de co11J1ecimento pelo pleno ou órgão especial. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão (decisão irrecotTível), indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão (art. 477 cio CPC).

Segundo Vicente Greco Filho, o requerimento da parte não é vinculante, não gerando direito subjetivo processual ao inciclente20. De fato, a j urisprudência tem entendido que o art. 476 confere uma certa discricionariedade para o tribunal na instauração ou não do incidente21 • Não parece correto esse entendimento. Con-14. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 1 5 .

1 5 . MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. Comentários a o Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p . 1 6.

16. Há entendimento que confere ampla legitimidade ao Ministério Público, independentemente de ser ele recorrente, SOUZA, Bernardo Pimentel. "Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil", cit., p. 103.

17. MOREfRA, José Carlos Barbosa. Comen!ários ao Código de Processo Civil, 12 ed. cit., p. 1 7.

18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Co111e11tários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 1 7 ; VlGLIAR, José Marcelo Men�zes. Unifàrmização de jurisprudência - segura11ça jurídica e dever de uniformizar, ciL., p. 188; GRECO FILI-10, Vicente. Direito processual civil brasileiro, v. 2, cil., p. 363.

19. SOUZA, Bernardo Pimentel. "Da uniformização de jurisprudência 110 Código de Processo Civil", cit., p.

204.

20. GRECO FILHO, Vicente. Direi/o processual civil brasileiro, v. 2, cit., p. 363. Em sentido semelhante, SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, v. 1 , cit., p. 4 76.

2 1 . "Uniformização da jurisprudência. O órgão julgador dispõe de uma margem de discrição, no exame da conveniência e ela oportunidade ele admitir o incidente, por vezes suscitado com invocação a aresto divergente isolado, ou já superado no tempo. Pode ser negado processamento à arguição feita pela parte, quando com intuito procrastinatório, sendo notória a orientação jurisprudencial dominante. Negativa ele contrariedade, pois, aos artigos 476 e 477 cio CPC". (Resp 1865-IU, rei. M in. Athos Carneiro, publicado 110

6 1 5



forme anunciado, a unifonnização de jmisprudência é instrumento indispensável para a segurança jurídica. É preciso examinar este instituto à luz do papel que desempenha a jurisprudência no sistema normativo brasileiro. Preenchidos os pressupostos legais, é possível falar, como afirma José Marcelo Vigliar, no smgimento de um dever de uniformizar, a que c01responderia um direito subjetivo processual de ver harmonizada a divergência jurisprudencial interna corporis22.

Não suscitado o incidente, não obstante preenchidos os pressupostos, viola-se o art. 476 do CPC, o que autoriza a interposição de recurso especial para o STJ23.

"O incidente de unifonnização de jurisprudência afigura-se como garantia do jurisdicionado. Presentes seus requ isitos - impõem os valores igualdade, segurança, economia e respeitabilidade - deve ser instaurado. Trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existentes em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso ao .Judiciário".24

O quorum para j ulgamento do incidente é detenninado pelo regimento interno do tribunal. Se a tese jmidica for fixada com o voto da maioria absoluta dos membros do órgão, ela devera ser consagrada em súmula da jurisprudência predominante do tribunal (rui. 479 do CPC). Se a votação der-se por maioria simples,

"a fixação da tese jurídica prevalecerá para o caso concreto, mas não será 'objeto de súmula' nem constituirá 'precedente de uniformização de jmisprudência '".25

A súmula tem a sua relevância: a) o art. 557 permite decisão do relator baseada na súmula; b) a citação do enunciado da súmula dispensa a referência a outros j ulgados no mesmo sentido (art. 1 02, § 4°, RJSTF, aplicado por analogia). Recomenda-se a leitma dos arts. 1 1 8-1 27 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RJSTJ).

É incorreto falar em "súmulas" do tribunal. Só há uma súmula, que tem diversos enunciados. Explica o tema Barbosa Moreira, referindo-se à súmula do STF: "A

'Súmula ·, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento lnterno, e a respectiva citação, feita ·pelo número do enunciado', dispensaria, perante a Corte, 'a indicação complementar de julgados no mesmo sentido'. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria 'Súmula', o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de 'Súmula ' corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das DJU de 30.04.90) Neste sentido, diversos acórdãos colhidos por Theotõuio Negrão (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 , nota 1 ao an. 4 76, p. 495.

22. VIGLJAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência -

segurança jurídica e dever de uniformizar, cit., p. 203. Assim, também, SANTOS, Emane Fidélis. Manual de Direito Processual Civil.

6 ed. São Paulo: Saraiva, 1 998, v. 1 , p. 600.

23. O recurso será interposto do acórdão final, já que a decisão sobre a admissibilidade do incidente é irrecorrível, como visto.

24. V!GLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência - segurança jurídica e dever de uniformizar, ciL, p. 204.

25. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 2 ed. cit., p. 25.



INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUD&#65533;NCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO ...

teses compendiadas. O modo de citar a 'Súmula ', pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer 'n. X da Súmula ' ou

'Súmula, n. x'. Mas passou-se a falar com frequência de 'Súmula n. x', sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma 'súmula' . . . Pois bem.

A Emenda Constitucional n. 45 rende-se ao uso informal, tolerável em conversas de corredor do Fórum, nunca porém num documento oficial, e menos que alhures em texto que se incorpora à Constituição. O novo art. 1 03-A desta autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar 'súmula que (. . .) terá efeito vinculante', e já se generalizou, até fora dos meios especializados, a referência às füturas 'súmulas vinculantes', no plural, para designar as proposições ou teses a que a Corte, reunidos os pressupostos, imprimirá esse efeito".26

3. U N I FORM IZAÇÃO DA JURJSPRUDÊNCIA: DJSTINÇÃO COM O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSO (ART. 555, § 1 º, CPC) E COM OS EMBA RGOS DE DIVERGÊNCIA

Há entendimento de que não cabe o incidente de uniformização de jurisprudência perante o STF, na medida em que o RISTF silencia a respeito, prevendo, apenas, o incidente para julgamento de recurso (arts. 1 1 , par. ún., e 22, par. úo). Há ainda quem pense que os embargos de divergência teriam essa mesma finalidade, sendo mais uma razão para o não-cabime1Jto do incidente. Não é esse, porém, o melhor entendimento. Impõe-se perfilhar a linJrn de pensamento de Bernardo Pimentel Souza, para quem é possível, à luz do art. 1 26 do R ISTF, admitir o incidente neste tribunal27•

A unifàrmização de jurisprudência distingue-se dos embargos de diver- gência.

Uniformização

Embargos de divergência

de jurisprudência

Recurso;

-

Incidente processual;

Finalidade corretiva;

-

Finalidade preventiva, embora se refira

a um caso concreto;

Cabem contra acórdão proferido em

-

Cabe em sede de recurso, remessa

recurso especial/extraordinário;

necessária ou causa de competência

originária;

-

Sendo recurso, cabe após o julgamento.

-

Sendo incidente, somente cabe antes do

julgamento.

26. "A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça)". Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378, p. 43.

27. Com ampla análise da polêmica, SOUZA, Bernardo Pimentel. º'Da uniformização de jurisprudência no Código ele Processo Civil", ciL, p. 98-100.

relator.

fREDlE ÜIDIER JR. E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Final mente, é preciso distinguir o incidente de uniformização de jurisprudência do incidente de deslocamento da competência para o julgamento do recurso, previsto no § 1 ° do art. 555 do CPC, assim redigido: "§ 1 º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do !Tibunal, poderá o relator propor seja o recw·so julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso". Esse incidente, introduzido pela Lei n. 10.352/200 1 , foi inspirado em dispositivos do RJSTF (arts.

1 1 , par. ún., e 22, par. ún).

Incidente de uniformização

Incidente de remessa de recursos

de jurisprudência

-

Só está previsto para julgamento de recur-

-

Pode ser suscitado em qualquer causa

so (agravo ou apelação). Como se disse,

que tramite em tribunal (recurso, causa

há instituto semelhante no âmbito do

de competência originária ou remessa

STF e do STJ, previsto regimeotalmente.

necessária).

-

O órgão especial, além de analisar a

-

O órgão especial apenas analisará a

questão, julgará o recurso.

questão; quem completa o julgamento

é o órgão perante o qual o incidente foi

suscitado.

-

Somente pode ser proposto pelo

-

Pode ser proposto pelo relator, outro juiz

É razoável, porém, fazer uma inter-

ou até mesmo pela parte.

pretação ampliativa para admitir que

qualquer interessado possa, na sessão

de julgamento, suscitar o incidente.28

4. INCIDENTE DE DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI (ARTS. 480-482 DO CPC): PECULIARIDADES

O art. 97 da Constituição Federal prescreve que: "somente pelo voto da maioria

absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público". Trata-se de regra que estabelece um quorum qualificado para a decretação de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais - regra da reserva 28. Esta é a dicção legal. Autorizada doutrina a critica. entendendo ser possível a arguição pelos litigantes, pelo MP ou por qualquer membro do órgão fracionário (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 1 1 ed cit., p. 654. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 182).

618

de plenário ou regra do full bench29. Estabelece-se uma regra de competência funcional3° (cujo desrespeito implica, pois, incompetência absoluta) para o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei. O incidente de decretação de inconstitucionalidade é o meio processual previsto para regulamentar esse dispositivo constitucional.

Reconhecida, pelo tribunal, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do

Poder Público sem a obediência à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal, cabe a interposição de recurso extraordinário, no qual se deve alegar como violado tal dispositivo constitucional. Antes, porém, se faz necessária a oposição de embargos de declaração, destinados a suprir a omissão quanto à aplicação do referido art. 97. No julgamento cios referidos embargos, o tribunal poderá, suprindo a omissão, anular o acórdão para atender a exigência constitucional, remetendo o caso ao plenário ou órgão especial. Se já houver julgamento anterior pelo plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do STF, poderão ser acolhidos os embargos para suprir a omissão quanto à juntada ou referência ou transcrição do precedente (CPC, art. 48 1 , parágrafo único). Poderá, ainda, o tiibunal entender que não se aplica, ao caso, o ait. 97 da Constituição Federal, deixando explícita a razão pela qual não o fez incidir na espécie. Com isso, restará prequestionado o dispositivo, podendo ser interposto recurso extraordinário por ofensa ao disposto no art. 97 da Constituição da República.

Quando a decisão do tribunal deixa de aplicar alguma norma, está, em verdade, a afastar sua incidência. Acontece que a aplicação da lei vigente somente pode deixar de ser feita pelo Judiciário, em razão de sua inconstitucionalidade ou i ncompatibilidade com o texto constitucional vigente. Significa que o Judici

ário somente se abstém de aplicar uma norma em pleno vigor, quando apresenta contra ela algum vício de inconstitucionalidade. Ao assim proceder, o tribunal deve submeter a questão ao crivo do Plenário ou Corte Especial para que seja, formal mente, reconhecida a inconstitucionalidade. Isso porque, de acordo com o art. 97 da Constituição Federal, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial poderá o tribunal decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Quer isto dizer que não somente a decretação expressa da inconstitucionalidade, mas também 29. " . . . isto é, a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta (no mú1imo) da totalidade dos membros do tribunal julgador. . . " (AMARAL JR., José Lcvi Mcllo. lncidenre de arguição de inconstit11·

cionalidade. São Paulo: RT, 2002, p. 1 7).

30. "Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confimiar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/877), não dispõem do poder de declaração de inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editada pelo Poder

Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo Plenário ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. A norma inscrita no arl. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrndos singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253)". (STF, l-IC n. 69.921 -9/MS, 1 ". T., rei. Min. Celso de Mello, DJ de 26.03. 1 993).

o simples afastamento da i ncidência da norma, no todo ou em parte, devem submeter-se à exigência do art. 97 da Constituição Federal. A propósito, eis o teor do enunciado 1 O da Súmula Vinculante do STF: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte".

Se, eventualmente, não for cumprido o comando inserto no enunciado J O da Súmula Vinculante do STF, caberá o manejo da reclamação constitucional para que a Corte Suprema imponha a obediência à cláusula de reserva de plenário.

A regra da reserva de plenário não se aplica nos casos de decisão fundada em cognição sumária. I magine-se a hipótese de o tribunal, ao examinar o pedido de tutela antecipada, afastar a eficácia de uma lei, sob o fundamento de que a sua inconstitucionalidade é bem provável. No caso, não há uma decisão sobre a inconstitucionalidade da lei, mas apenas a antecipação dos efeitos de füturo reconhecimento incidental desta inconstitucionalidade. Como não se pode cogitar de uma inconstitucionalidade provisória, não há necessidade de o órgão especial/

pleno examinar a questão em situações como essa.

O Supremo Tribunal Federal entende que, no âmbito das turmas recursais de juizado especial, não se aplica a exigência contida no art. 97 da Constituição Federal. Se, contudo, for reconhecida, pela turma recursai, a inconstitucionalidade de alguma norma, cabe o recurso extraordinário com fundamento no art. 1 02, III, "b", da CF/88, desde que seja feita a juntada de cópia integral da decisão que declarara a inconstitucional idade da norma objeto de recurso extraordinário. Assim, em causas repetitivas, reconhecida, no primeiro precedente, a inconstitucionalidade da norma, os demais, geralmente, restringem-se a i nvocá-lo, resolvendo a causa. Nessas situações, se houver a invocação de u m precedente que j á reconhecera a inconstitucionalidade d a norma, o cabimento do recurso extraordinário somente será conhecido, se estiver acompanhado de cópia integral da decisão que decretara a inconstitucionalidade. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do STF: "EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Interposição com base na alínea 'b' do inc. I I I do art.

102 da Constituição Federal. Enunciado nº 32 dos Juizados Federais do Rio de

Janeiro. Declaração inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97. Juntada de cópia da decisão que o declarou. Falta. Peça essencial à compreensão e ao desate do recurso. Seguimento negado. Agravo regimental improvido. Não se admite recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, b, da Constituição da República, sem cópia da decisão de Juizado Especial que, tendo declarado 620

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO ...

inconstitucionalidade de norma e aprovado o enunciado respectivo, serviu de

fundamento à decisão recorrida".31

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato32. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa julgada erga omnes (porquanto tenha sido examinada incidenter tantum), "a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (leading case) para todos os demais feitos - em trâmite no tribunal - que envolvam a mesma questão".33 Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal.

É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADTN e ADC, é possível a intervenção de amicus curiae neste incidente (§§ do art. 482)34-35. Sobre a intervenção do amicus curiae, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro, no v. 1 deste curso.

Um órgão fracionário do tribunal não tem competência para decretar, incidenter tantum, a inconstitucional idade de uma lei (e, afortiori, o relator, sozinho, também não pode decretar a inconstitucionalidade da lei). Uma vez suscitada essa questão, deverá esse órgão remeter os autos ao Tribunal Pleno ou órgão especial (conforme o caso).

Há três situações em que essa remessa é desnecessária:

3 1 . Acórdão unânime da 1 • Turma do STF, RE-AgR 453.744/RJ, rei. Min. Cezar Peluso, j. 1 3/6/2006, DJ de 25/8/2006, p. 24.

32. Sobre o tema, também, MENDES, Gilmar Ferreira. "O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário". Revista ela AJUIUS. Porto Alegre: AJURIS, 1 999, n. 75, p. 244; AMARAL J R., José Levi Mcllo do. lncielente de arguição de inconstitucionalidade, cit., p. 48.

33. AMARAL JR., José Levi Mello do. Incidente ele arguição de inco11stit11cionalidaele, cit., p. 39.

34. §§ do art. 482 do CPC: "§ 1 º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade,

observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 1 03 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir ajuntada de documentos. § 3° O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

35. "Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle da constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do amic11s curiae no processo de controle de constitucionalidade". (MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileb·o. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, p. 38).

62 1



a) Se o órgão fracionário rejeitar a alegação de inconstitucionalidade, pois o quorum privilegiado é exigido apenas para o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, e não da sua constitucionalidade, que, aliás, é presumida; b) Em razão da natureza de processo objetivo, fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 48 1 , par. ún., CPC)36; c)

Não é preciso suscitar o incidente se a causa já estiver tramitando no órgão especial ou tribunal pleno. Jmagine-se, por exemplo, um mandado de seguran

ça impetrado, originariamente, no tribunal de justiça contra o Governador do Estado, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade de determinado ato ou norma. Em muitos b·ibunais, é o pleno ou o órgão especial que julga esse mandado de segurança originário. Nesse caso, já sendo o julgamento da causa de competência do pleno ou do órgão especial, ocioso instaurar-se o incidente de inconstitucionalidade, devendo a causa ser julgada desde logo. Pode ocorrer, em casos assim, uma situação interessante: mesmo acolhido o pedido por maioria, a parte autora resta denotada. Suponha-se que o órgão especial seja composto de 1 5 (quinze) membros. Deve, portanto, a inconstitucionalidade ser reconhecida por, pelo menos, 8 (oito) votos, ainda que a composição do órgão, no momento do julgamento, não esteja completa. I magine-se, ainda, que estejam presentes, apenas, 1 3 (treze) membros, havendo a ausência justificada de 2 (dois) deles.

Se o julgamento for proferido por maioria de votos, num escore de 7 (sete) a 6

(seis), a parte, mesmo a votacão sendo-lhe formalmente favorável, não venceu.

Isso porque, sendo a causa de pedir a inconstitucionalidade de ato ou norma, é preciso que tal inconstitucionalidade seja reconhecida por, pelo menos, 8 (oito) votos. essa hipótese ora aventada, conquanto haja votação majoritária para o impetrante, não se alcançou o quorum mínimo para a declaração de inconstitucionalidade, devendo ser tida como improcedente a pretensão processual.

O Ministério Público (seja como parte, assistente ou fiscal da lei), qualquer das partes e qualquer julgador têm legitimidade para suscitar o incidente. É possível suscitar o incidente até o final do julgamento, mesmo em sustentação oral, antes do Presidente do órgão colegiado proclamar o resultado.37

Acolhida a alegação de mconstitucionalidade, lavrar-se-á acórdão para que possa ser submetida ao tribunal pleno ou órgão especial. Se a alegação for rejeitada, prossegue-se o processo (art. 48 1 do CPC).

36. AMARAL JR., José Levi Mello do. Incidente de arguição de i11co11sti111cio11alidade, cit., p. 48-49. An.

48 1 , par. ún, CPC: "Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não

submeterão ao plenário. ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão ...

37. MOR.EIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. cit., p. 37-38.