

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Curso  
Sistematizado de  
**DIREITO  
PROCESSUAL  
CIVIL**

Recursos. Processos e  
incidentes nos Tribunais.  
Sucedâneos recursais:  
técnicas de controle das  
decisões jurisdicionais

5ª edição  
Revista e atualizada

5

# DADOS DE COPYRIGHT

## **Sobre a obra:**

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## **Sobre nós:**

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [xlivros.com](http://xlivros.com) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.***



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,  
das 8:30 às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)  
Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-  
0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –  
Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)  
3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /  
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62)

3224-3016 – Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo

Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo

Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)

3241-0499 – Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –

Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –

Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)

2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –

Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-21782-9

Bueno, Cassio Scarpinella

Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5 :  
recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos  
recursais : técnicas de controle das decisões jurisdicionais /  
Cassio Scarpinella Bueno. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo :  
Saraiva, 2014.

Bibliografia.

1. Processo civil I. Título.

CDU-347.9

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito processual civil 347.9

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Gerente editorial** Thaís de Camargo Rodrigues

**Assistente editorial** Poliana Soares Albuquerque

**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria

**Preparação de originais** Ana Cristina Garcia / Bernardete de Souza Maurício /

Flavia Gutterres Falcão de Oliveira

**Arte e diagramação** Lais Soriano

**Revisão de provas** Ana Beatriz Fraga Moreira / Claudete da Fonseca Rebelo

**Serviços editoriais** Marília Cordeiro / Tatiana dos Santos Romão

**Capa** Muiraquitã Editoração Gráfica

**Produção gráfica** Marli Rampim  
**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da edição: 4-11-2013**

**Dúvidas?**

Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

O autor é Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUCSP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUCSP. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Técnica de Apoio à elaboração do relatório-geral na revisão do projeto do novo Código de Processo Civil no âmbito do Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o mesmo Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados. Advogado.

Saber? Que sei eu?  
Pensar é descrer.  
– Leve e azul é o céu –  
Tudo é tão difícil  
De compreender!...

A ciência, uma fada  
Num conto de louco...  
– A luz é lavada –  
Como o que nós vemos  
É nítido e pouco!

Que sei eu que abrande  
Meu anseio fundo?  
Ó céu real e grande.  
Não saber o modo  
De pensar o mundo!

(Fernando Pessoa)

A *Ela*, porque “*confiar* é preciso” (...)

# ABREVIATURAS

AASP–Associação dos Advogados de São Paulo

AC–Ação Cautelar

AC-QO–Questão de ordem em ação cautelar

ADI–Ação direta de inconstitucionalidade

Ag–Agravo de instrumento

AgRg na AR–Agravo regimental na ação rescisória

AgRg na MC–Agravo regimental na medida cautelar

AgRg na Pet–Agravo regimental na petição

AgRg na Rcl–Agravo regimental na reclamação

AgRg na SEC–Agravo regimental na sentença estrangeira contestada

AgRg no AgRg na Rcl–Agravo regimental no agravo regimental na reclamação

AgRg no Ag–Agravo regimental no agravo de instrumento

AgRg no AgRg no Ag–Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento

AgRg no AgRg no REsp–Agravo regimental no agravo regimental no recurso especial

AgRg no AgRg nos EDcl no REsp–Agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial

AgRg no AREsp–Agravo regimental no agravo em recurso especial

AgRg no MS–Agravo regimental no mandado de segurança

AgRg no REsp–Agravo regimental no recurso especial

AgRg no RMS–Agravo regimental no recurso em mandado de segurança

AgRg nos EDcl no AgRg–Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento

AgRg nos EDcl no AREsp–Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial

AgRg nos EDcl nos EAg–Agravo regimental nos embargos de declaração nos embargos de divergência em agravo

AgRg nos EDcl no REsp– Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial

AgRg nos EREsp– Agravo regimental nos embargos de divergência no recurso especial

AI–Agravo de instrumento

AI-AgR–Agravo regimental em agravo de instrumento

AI-AgR-ED – Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento

AI-AgR-AgR– Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento

AI-AgR-ED-AgR– Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento

AI-AgR-ED-EDv-AgR– Agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento

AI-AgR-ED-EDv-ED– Embargos de declaração nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento

AI-ED–Embargos de declaração no agravo de instrumento

AI nos EREsp– Arguição de inconstitucionalidade nos embargos de divergência em recurso especial

AR–Ação rescisória

AR-AgR–Agravo regimental na ação rescisória

ARE– Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo

ARE-AgR– Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo

art.–artigo

AT–Argentina

CA–Canadá

CC–Conflito de Competência

CE–Corte Especial

CF–Constituição Federal

CPC– Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

CPC/39– Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939)

CPP–Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941)

CR–Carta rogatória

CR-AgR–Agravado regimental em carta rogatória

Des.–Desembargador

DJ–Diário da Justiça

DJe–Diário da Justiça Eletrônico<sup>1</sup>

EAg–Embargos de divergência em agravo

EAR–Embargos infringentes em ação rescisória

EAREsp–Embargos de divergência em agravo em recurso especial

EC–Emenda Constitucional

EDcl na AI no RMS–Embargos de declaração na arguição de inconstitucionalidade no recurso em mandado de segurança

EDcl na AR–Embargos de declaração na ação rescisória

EDcl na Rcl–Embargos de declaração na reclamação

EDcl no Ag–Embargos de declaração no agravo de instrumento

EDcl no AgR no Ag–Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento

EDcl no AgRg nos EAg–Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em agravo

EDcl no AgRg nos EDcl no CC–Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no conflito de competência

EDcl no AgRg nos EREsp–Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial

EDcl no AREsp–Embargos de declaração no agravo em recurso especial

EDcl no MS–Embargos de declaração no mandado de segurança

EDcl no REsp–Embargos de declaração no recurso especial

EDcl nos EDcl na AR–Embargos de declaração nos embargos de declaração na ação rescisória

EDcl nos EDcl no AgRg no Ag–Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento

EDcl nos EDcl no REsp–Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial

EDcl nos EREsp–Embargos de declaração nos embargos de divergência em recurso especial

EDREsp–Embargos de declaração em recurso especial

*e.g.–exempli gratia*

EI–Embargos infringentes

EREsp–Embargos de divergência em recurso especial

EU–Estados Unidos da América

EX–Exterior

FR–França

GB–Grã-Bretanha

HC-ED–Embargos de declaração no *habeas corpus*

INSS–Instituto Nacional do Seguro Social

j.–julgado

j.m.v.–julgamento por maior de votos

JP–Japão

j.un.–julgamento unânime

LC–Lei Complementar

LICC–Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942)

LINDB–Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

MC–Medida Cautelar

Min.–Ministro

MS–Mandado de segurança

MS-AgR–Agravo regimental no mandado de segurança

MS-AgR-ED–Embargos de declaração no agravo regimental no mandado de segurança

NAPRE–Núcleo de Agravo da Presidência

ns.–números

NURER– Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos

OAB–Ordem dos Advogados do Brasil

org.–organizador

OTN–Obrigações do Tesouro Nacional

p.–página

PEC–Proposta de Emenda à Constituição

Pet-MC–Medida cautelar na petição

PL–Projeto de lei

PLC–Projeto de lei da Câmara dos Deputados

PLS–Projeto de lei do Senado Federal  
QO no Ag–Questão de ordem no agravo de instrumento  
QO no AREsp–Questão de ordem no agravo em recurso especial  
Rcl–Reclamação  
Rcl-AgR–Agravo regimental na reclamação  
Rcl-ED–Embargos de declaração na reclamação  
Rcl-MC–Medida cautelar na reclamação  
Rcl-MC-QO– Questão de ordem na medida cautelar na reclamação  
RE-AgR–Agravo regimental no recurso extraordinário  
RE-AgR-AgR– Agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário  
RE-AgR-ED– Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário  
rel.–relator(a)  
rel. p./ acórdão–relator(a) para acórdão  
RE-ED–Embargos de declaração no recurso extraordinário  
RE-QO–Questão de ordem no recurso extraordinário  
RISTF–Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal  
RISTJ– Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça  
RITJSP– Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
RMS–Recurso Ordinário em Mandado de Segurança  
RTJ–Revista Trimestral de Jurisprudência  
SEC–Sentença estrangeira contestada  
STF–Supremo Tribunal Federal  
STJ–Superior Tribunal de Justiça  
Súm.–Súmula  
TFR–Tribunal Federal de Recursos  
TJRJ–Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
TJSP–Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
TRF4–Tribunal Regional Federal da 4ª Região  
UFIR–Unidade Fiscal de Referência  
UK– Reinos Unidos da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte  
US–Estados Unidos da América  
*v.g.–verbi gratia*

1 O número que segue à abreviatura refere-se ao exemplar do *Diário da Justiça* e a data é a da sua *disponibilização* na página do Tribunal. Quando não indicado nenhum número, a data é a da *publicação do Diário da Justiça*.

Abreviaturas

Nota à 5ª edição

Nota à 4ª edição

Nota à 3ª edição

Nota à 2ª edição

## INTRODUÇÃO

1. Objeto de estudo
2. Plano de trabalho e explicações iniciais
3. As técnicas de controle das decisões jurisdicionais como o encerramento de um ciclo

## PARTE I – RECURSOS

### Capítulo 1 – Primeiros elementos para uma teoria geral dos recursos

1. Construindo uma teoria geral dos recursos
2. Natureza jurídica
3. Definição
4. Classificação
  - 4.1. Recursos totais ou parciais
  - 4.2. Recursos de fundamentação livre e de fundamentação vinculada
  - 4.3. Recursos ordinários e extraordinários
  - 4.4. Recursos principal e adesivo

### Capítulo 2 – Princípios

1. Considerações iniciais

2. Duplo grau de jurisdição
  - 2.1. Colegialidade nos Tribunais
  - 2.2. Reserva do plenário
3. Taxatividade
4. Unirrecorribilidade
5. Correlação
6. Fungibilidade
7. Voluntariedade
8. Dialeticidade
9. Irrecorribilidade em separado das interlocutórias
10. Consumação
11. Complementaridade
12. Proibição da *reformatio in pejus*

### **Capítulo 3 – Juízo de admissibilidade e juízo de mérito**

1. Considerações iniciais
2. Juízo de admissibilidade
  - 2.1. Cabimento do recurso
  - 2.2. Legitimidade para recorrer
    - 2.2.1. Partes
    - 2.2.2. Terceiro
    - 2.2.3. Ministério Público
  - 2.3. Interesse em recorrer
  - 2.4. A chamada “súmula impeditiva de recursos”
    - 2.4.1. Uma proposta de “interpretação conforme” da “súmula impeditiva de recursos”: o *prévio* “contraditório institucionalizado”
    - 2.4.2. O não recebimento do recurso de apelação
    - 2.4.3. A oitiva do apelado para aplicação do § 1º do art. 518
    - 2.4.4. O não recebimento de outros recursos que não o de apelação
    - 2.4.5. Conformidade com súmula do STJ ou do STF
    - 2.4.6. A inadmissão do recurso e as atitudes a serem tomadas pelo *recorrente*

2.5. Tempestividade

2.6. Regularidade formal

2.6.1. Especificamente o “protocolo descentralizado”

2.7. Preparo

2.8. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo

3. Juízo de mérito

## **Capítulo 4 – Efeitos**

1. Considerações iniciais

2. Efeito obstativo

3. Efeito suspensivo

4. Efeito regressivo

5. Efeito diferido

6. Efeito devolutivo

7. Efeito translativo

8. Efeito expansivo

8.1. Especificamente o art. 515, § 3º

9. Efeito substitutivo

## **Capítulo 5 – Procedimento recursal no âmbito dos Tribunais**

1. Considerações iniciais

2. Distribuição dos recursos

3. O relator

3.1. Julgamento monocrático

3.1.1. O recurso de “agravo interno”

3.2. O “dever-poder geral de cautela” e o “dever-poder geral de antecipação” no âmbito recursal

4. O revisor

5. Preparativos para o julgamento

6. Sessão de julgamento

6.1. Saneamento de nulidades no âmbito recursal

6.1.1. Atuação monocrática e atuação colegiada

6.1.2. Aplicação da regra aos recursos em geral

6.2. Pedido de vista

6.3. Sustentação oral

7. Lavratura do acórdão

## **Capítulo 6 – Apelação**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento

3. Regularidade formal

3.1. Apresentação de novos fatos e apelação

4. Efeitos

4.1. Efeito devolutivo

4.2. Efeito suspensivo

4.2.1. Homologação de divisão ou demarcação

4.2.2. Prestação de alimentos

4.2.3. O “processo cautelar”

4.2.4. Embargos à execução

4.2.5. Pedido de instituição de arbitragem

4.2.6. Sentença que confirma anterior antecipação da tutela

4.2.7. Outras hipóteses

4.2.8. O futuro do art. 520

4.2.9. Efeito suspensivo *ope judicis*

4.2.10. A retirada do efeito suspensivo

5. Procedimento perante o juízo de interposição

6. Procedimento no Tribunal

7. Apelação interposta de rejeição liminar da petição inicial

7.1. A apelação nos casos do art. 296

7.2. A apelação nos casos do art. 285-A

## **Capítulo 7 – Agravo**

1. Considerações iniciais

2. O agravo retido

2.1. Decisões proferidas após a sentença

2.2. Procedimento

2.3. Agravo retido em audiência

2.4. Efeitos

3. O agravo de instrumento

3.1. Procedimento

3.2. A formação do “instrumento”

3.2.1. Peças obrigatórias

3.2.2. Peças facultativas e peças essenciais

3.3. Comunicação da interposição ao juízo *a quo*

3.4. Procedimento no Tribunal *ad quem*

3.4.1. Julgamento monocrático do agravo de instrumento

3.4.2. Conversão do agravo de instrumento em agravo retido

3.4.3. Efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal

3.4.3.1. Indeferimento de efeito suspensivo e conversão do agravo em retido

3.4.4. Informações

3.4.5. Intimação do agravado e contrarrazões

3.4.6. Oitiva do Ministério Público

3.4.7. Julgamento colegiado

3.5. Especificamente a irrecorribilidade da decisão do relator (art. 527, parágrafo único)

4. O agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário e recurso especial

4.1. Interposição do agravo

4.2. Julgamento

5. O agravo interno

5.1. Procedimento

5.2. Recursos cabíveis

5.3. O chamado “agravo regimental”

**Capítulo 8 – Embargos de declaração**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento

3. Procedimento

#### 4. Efeitos

##### 4.1. Efeitos modificativos

#### 5. Julgamento

#### 6. Incidência do art. 515, § 4º

### **Capítulo 9 – Embargos infringentes**

#### 1. Considerações iniciais

#### 2. Hipóteses de cabimento

##### 2.1. Embargos infringentes em “grau de apelação”

##### 2.2. Embargos infringentes e “ação rescisória”

##### 2.3. Embargos infringentes perante o STF e o STJ

#### 3. Efeitos

##### 3.1. Efeito devolutivo

##### 3.2. Efeito translativo

##### 3.3. Efeito suspensivo

#### 4. Procedimento

#### 5. Embargos infringentes e recursos especiais e/ou recursos extraordinários

#### 6. Julgamento

### **Capítulo 10 – Recurso ordinário**

#### 1. Considerações iniciais

#### 2. Hipóteses de cabimento

##### 2.1. Recurso ordinário e a “tutela jurisdicional das liberdades públicas das diversas gerações”

##### 2.2. Causas que envolvem Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa residente ou domiciliada no País

#### 3. Efeitos

#### 4. Procedimento

##### 4.1. Juízo de admissibilidade negativo

#### 5. Julgamento

#### 6. Recursos

### **Capítulo 11 – Recurso extraordinário e recurso especial**

#### 1. Considerações iniciais

## 2. Hipóteses de cabimento

### 2.1. Causa decidida (prequestionamento)

### 2.2. Única ou última instância

## 3. Especificamente as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário

### 3.1. Contrariar dispositivo da Constituição Federal

### 3.2. Declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado federal

### 3.3. Validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal

### 3.4. Validade de lei local contestada em face de lei federal

### 3.5. Especificamente a “repercussão geral”

#### 3.5.1. Identificação da repercussão geral

#### 3.5.2. Repercussão geral e “casos múltiplos”

#### 3.5.3. Manifestações do STF sobre a “repercussão geral”

#### 3.5.4. Outros filtros relativos ao cabimento do recurso extraordinário

## 4. Especificamente as hipóteses de cabimento do recurso especial

### 4.1. Contrariar ou negar vigência a lei federal

### 4.2. Validade de ato de governo local confrontado com lei federal

### 4.3. Recurso especial pela divergência jurisprudencial

### 4.4. Recursos especiais repetitivos

### 4.5. Repercussão geral, súmula impeditiva e o recurso especial

## 5. A petição de interposição do recurso

### 5.1. Nos casos de recurso especial fundado na divergência jurisprudencial

## 6. Interposição

## 7. Juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo*

### 7.1. Especificamente a tempestividade do recurso extraordinário e do recurso especial

## 8. Efeitos

### 8.1. Efeito translativo

### 8.2. Efeito suspensivo

## 9. Recurso extraordinário e recurso especial retidos

### 9.1. Mecanismos para o processamento imediato do recurso extraordinário e do recurso especial retidos

9.2. Hipóteses de aplicação do art. 542, § 3º

10. Recurso extraordinário e recurso especial concomitantes

11. Julgamento

## **Capítulo 12 – Embargos de divergência**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento

2.1. Comprovação da divergência

3. Efeitos

4. Procedimento

5. Julgamento

## **PARTE II – PROCESSOS E INCIDENTES NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS**

### **Capítulo 1 – Ação rescisória**

1. Considerações iniciais

1.1. Outras formas de impugnação de decisões transitadas em julgado

2. Natureza jurídica

3. Requisitos genéricos

3.1. Esgotamento da esfera recursal

4. Legitimidade

4.1. Especificamente a legitimidade do Ministério Público

5. Petição inicial

5.1. Cumulação de pedidos

5.2. Recolhimento de multa prévia

6. Hipóteses de cabimento

6.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

6.2. Juiz impedido ou juízo absolutamente incompetente

6.3. Dolo da parte vencedora ou colusão das partes para fraudar a lei

6.4. Ofensa à coisa julgada

6.5. Violação a literal dispositivo de lei

6.6. Prova falsa

6.7. Documento novo

6.8. Invalidação de confissão, desistência ou transação

6.9. Erro de fato

6.10. Desproporção de indenização em ações desapropriatórias

7. Juízo de admissibilidade da petição inicial

7.1. Incidência do art. 284

7.2. Recurso do indeferimento da inicial

8. Tutela de urgência

8.1. O art. 489 depois da Lei n. 11.280/2006

8.2. Competência para apreciação do pedido de tutela de urgência

9. Citação e defesa do réu

10. Procedimento

10.1. Audiência preliminar

10.2. Instrução processual

11. Julgamento

11.1. Papel dos regimentos internos dos Tribunais

11.2. *Judicium rescindens e judicium rescissorium*

11.3. Destinação da multa

12. Recursos cabíveis

13. Prazo

13.1. Natureza do prazo

13.2. Fluência do prazo

13.3. Prazos diferenciados

13.4. Decadência intercorrente

13.5. Sucessivas “ações rescisórias”

**Capítulo 2 – Uniformização de jurisprudência e súmulas**

1. Considerações iniciais

2. O incidente de uniformização de jurisprudência

3. A “uniformização de jurisprudência *preventiva*”

4. Súmulas

**Capítulo 3 – Súmulas vinculantes**

1. Considerações iniciais
2. Objeto da súmula vinculante
3. Legitimados
4. Eficácia imediata
5. Reclamação
6. As súmulas não vinculantes do STF

#### **Capítulo 4 – Controle incidental de inconstitucionalidade**

1. Considerações iniciais
2. Legitimidade e oportunidade para arguição do incidente
3. Admissão ou inadmissão do incidente
4. “Tribunal pleno”
5. Dispensa de instauração do incidente
  - 5.1. Oitiva do Ministério Público
6. Procedimento
  - 6.1. Contraditório
7. Julgamento

#### **Capítulo 5 – Homologação de sentença estrangeira**

1. Considerações iniciais
2. Aplicação necessária do Regimento Interno do STJ
3. Exigências para homologação da sentença estrangeira
4. Procedimento
5. Atos que dispensam homologação pelo STJ
6. Competência para execução
7. Carta de sentença
  - 7.1. Elementos da carta de sentença

### **PARTE III – SUCEDÂNEOS RECURSAIS**

#### **Capítulo 1 – Ação anulatória**

1. Considerações iniciais
2. Hipóteses de cabimento
  - 2.1. Especificamente o caso da homologação da transação

### 3. Procedimento

#### **Capítulo 2 – Reexame necessário**

1. Considerações iniciais

2. O reexame necessário e a ineficácia da sentença proferida contra a Fazenda Pública

3. Reexame necessário e contraditório

4. Hipóteses de cabimento

5. Dispensa do reexame necessário

6. Relação com outros recursos

7. O reexame necessário e a *reformatio in pejus*

8. Tendências legislativas para o reexame necessário

#### **Capítulo 3 – Reclamação**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento

3. Legitimados

4. Procedimento

5. Julgamento e cumprimento

6. Recursos

#### **Capítulo 4 – Mandado de segurança contra ato judicial**

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento

3. O mandado de segurança contra ato judicial e a interposição do “recurso cabível”

4. Procedimento

#### **Capítulo 5 – Pedido de reconsideração**

1. Considerações iniciais

2. Natureza jurídica

3. Pedido de reconsideração e preclusão

4. O futuro do pedido de reconsideração

#### **Capítulo 6 – Correção parcial**

1. Considerações iniciais
2. Natureza jurídica
3. Previsões normativas
4. O papel a ser desempenhado pela correção parcial

Apêndice 1 – Pequeno glossário de direito processual civil

Apêndice 2 – Súmulas

Apêndice 3 – Uma breve incursão no “novo Código de Processo Civil”

Bibliografia consultada

Sites consultados

## NOTA À 5ª EDIÇÃO

É extremamente recompensador redigir a nota, ainda que breve, que abre a 5ª edição do volume 5 do meu *Curso sistematizado de direito processual civil*.

De pronto, agradeço – e muito – os comentários com relação ao trabalho que têm chegado a mim por variadas formas; seja em uma conversa depois de alguma palestra ou aula em algum lugar do Brasil, um *e-mail* ou um bate-papo na sala de professores na minha querida PUCSP com meus caríssimos colegas de magistério. Agradeço não só os elogios, mas também as críticas, que, sobretudo quando negativas, fazem-me pensá-lo e repensá-lo, aperfeiçoando-o, esclarecendo-o e complementando-o. Transformando-o, por isso mesmo, em um livro *vivo* que, felizmente, vem ganhando a cada ano uma nova edição sempre com algo mais a ser dito, debatido ou analisado. Incentivos como esses seriam o bastante para justificar uma nova edição.

É desejável, contudo, ir além. Também a justifica a necessidade de inserir novas e interessantes decisões dos nossos Tribunais que querem, sempre, ilustrar a matéria exposta ao longo do volume, dentre elas recente Súmula do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com relação aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, quis deixar mais claros os casos que foram julgados (ou estão prontos para o serem) como “Recursos Especiais Repetitivos”, já que, para eles, em rigor, deve ser aplicada a disciplina constante do art. 543-C do Código de Processo Civil, exposta pelo n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I deste volume. Não obstante as observações críticas lá tecidas – mormente quanto à duvidosa possibilidade de *lei* delegar competência *constitucionalmente* fixada para julgamento do Recurso Especial –, o destaque é relevantíssimo justamente por causa do regime diferenciado de observância da decisão tomada pelo STJ quando adotada aquela técnica de julgamento pelos demais Tribunais.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, o Apêndice respectivo traz breves comentários comparativos aos Projetos aprovados no Senado Federal (PLS n. 166/2010) e na Comissão Especial da Câmara dos

Deputados (PL n. 8.046/2010) sem veicular, contudo, os textos respectivos. A efetiva comparação entre o Projeto a ser aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados – que vem sendo chamado de “Emenda Aglutinativa Substitutiva Global” – e o Projeto aprovado no Senado Federal, com os respectivos textos, é tarefa que desenvolvo em outro trabalho meu especialmente dedicado a tanto: *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010)*, no prelo da Editora Saraiva.

Para cá e neste momento, sem a conclusão dos trabalhos legislativos, justifica-se a mesma ressalva que fechou a Nota Introdutória da edição anterior: tal circunstância não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. Ainda é tempo de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

A finalidade do Apêndice, por isso mesmo, esgota-se em *informar* o leitor a respeito das propostas centrais do Projeto de Novo Código de Processo Civil, tendo presente o que já foi aprovado no Senado em dezembro de 2010 e o que, ao tempo de fechamento desta edição, ainda pendia de aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados a partir do que foi aprovado na Comissão Especial, instituída para debater o Projeto naquela Casa Legislativa.

O *Curso* como um todo tem objetivo diverso. Ele quer, como sempre quis, ir além: ele quer *formar* um pensamento contemporâneo (“neconcretista”) do direito processual civil brasileiro desde os primeiros momentos em que o estudante de Direito tem contato com a matéria. Um pensamento que não se contenta (e não se conforma) com a mera *informação*, tão fácil e disponível na atualidade, mas que a trabalha (e a retrabalha) para permitir uma adequada *formação* dos futuros profissionais do Direito.

Assim, e só assim, melhores dias para o direito processual civil e para o papel que ele deve desempenhar em um Estado Constitucional virão. Inclusive – e nem poderia ser diferente – na geração de mais pensamento crítico sobre as tantas questões que ele apresenta e, como também não poderia deixar de ser, no exercício diuturno e responsável de cada uma das funções essenciais à Administração da Justiça.

*Cassio Scarpinella Bueno*

4 de novembro de 2013

## NOTA À 4ª EDIÇÃO

É muito gratificante redigir a breve nota que abre a 4ª edição do vol. 5 deste *Curso sistematizado de direito processual civil*.

Esta nova edição, a exemplo das dos outros volumes do *Curso*, vem revista pelas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os temas aqui enfrentados, inclusive pelas respectivas novas súmulas daquele Tribunal. Também são mencionadas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foram analisadas, outrossim, diversas e interessantes questões que a dinâmica dos que vêm sendo chamados “recursos extraordinários *repetitivos*” e “recursos especiais *repetitivos*” coloca como desafio. Para tanto, as mais recentes novidades introduzidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram devidamente levadas em consideração.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, cabe dizer que, à época em que foi fechada esta edição, os trabalhos de revisão perante a Câmara dos Deputados não estavam, ainda, concluídos, sendo prematura, por isto, a veiculação do Relatório-Geral até então elaborado.

A ausência da conclusão dos trabalhos legislativos sobre um *novo* Código de Processo Civil, contudo, não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. É este, e não aquele, o objetivo do presente trabalho, que vem sendo perseguido pelas edições anteriores e, como sua receptividade parece demonstrar, tem conseguido alcançar.

Em suma: ainda é tempo (e necessário e indispensável) de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

*Cassio Scarpinella Bueno*

## NOTA À 3ª EDIÇÃO

O ano de 2010 viu a 2ª edição do vol. 5 deste *Curso sistematizado de direito processual civil* esgotar-se rápida e completamente. A Editora Saraiva solicitou-me, por isso, a preparação de uma nova edição, a 3ª, que agora vem a público.

Ela traz alguns novos julgados e as mais recentes Súmulas do STF e do STJ, buscando, com a iniciativa, ilustrar um pouco mais alguns momentos da exposição feita, seguindo, no particular, o norte da edição anterior. O texto foi também revisto em função das alterações promovidas pela Lei n. 12.322, de 9.9.2010, que alterou o procedimento do agravo para destrancamento do recurso especial e do recurso extraordinário, dando nova redação, dentre outros, aos arts. 544 e 545 do Código de Processo Civil.

Nessa nova edição o que vem sendo chamado de “novo Código de Processo Civil” é trazido como um Apêndice. Entendo que é prematuro para um trabalho que quer, antes de tudo, lidar com o direito processual *vigente*, analisando-o e sistematizando-o a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”, expor o que será, oportunamente, *um* novo Código de Processo Civil brasileiro. É o caso de esperarmos, todos, participando dele, evidentemente, pela conclusão do “processo *legislativo*”. Até lá, não há outra postura, para trabalho com o propósito deste, que não a de (ainda) voltarmos a nossa atenção ao direito vigente, querendo tirar dele o seu melhor, realizando e concretizando o tão propalado “modelo constitucional”. Ir além parece querer especular com as propostas que estão sendo debatidas no foro adequado. Longe de orientar, desorientam; longe de informar, desinformam e, pior, não formam; traem, portanto, o objetivo de um *Curso*, qualquer que seja ele.

Que a *escolha* retratada pelo parágrafo anterior não soe fora de seu contexto. Não se trata de criticar o Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatado pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, nem de querer ser indiferente a ele; também não se trata de deixar de levar em conta as discussões travadas a seu

respeito no Senado Federal e as modificações lá introduzidas, que culminaram na aprovação do PLS n. 166/2010 por aquela Casa Legislativa em meados de dezembro de 2010. Trata-se, apenas, de enaltecer a importância do debate, institucional inclusive, daquela proposta na tramitação que uma lei, qualquer lei, *deve-ter* no nosso “modelo constitucional”. *Processo*, vale insistir sobre o que este *Curso*, desde o princípio, fez e faz questão de tratar no n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, não é algo exclusivo do Poder Judiciário, do exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz. É algo inerente à *atuação* de todo o Estado; ao menos de modelos de Estado como é o nosso, Democrático e de Direito.

O clamor por um novo e “imediato” Código de Processo Civil talvez mostre o quanto estamos, todos nós, desacostumados com o “*processo legislativo*”; talvez habituados demais – e de forma perigosamente indiferente – às constantes edições de Medidas Provisórias sobre os mais variados temas, inclusive sobre o direito processual civil<sup>1</sup>. Menos mal que não são mais reedições de reedições de medidas provisórias, graças ao art. 1º da Emenda Constitucional n. 32/2001. Mas, mesmo assim, nem sempre há *relevância e urgência* a justificar a edição de diversos daqueles atos com *força de lei*; no passado, no presente e, certamente, também no futuro. Objetivamente falando, não há nenhuma relevância e menos ainda urgência na aprovação de um novo Código de Processo Civil. Deixemos as nossas duas Casas Legislativas falarem a seu respeito a partir do excelente Anteprojeto que foi apresentado ao Senado Federal. Ouçamos a sociedade, ouçamos as Instituições, jurídicas ou não. Ouçamos a academia. E tenhamos consciência de que, nesse meio-tempo, mesmo com a aprovação do Substitutivo pelo Senado Federal, o melhor a fazer é compreendermos adequadamente o direito *posto*, tal qual vigente, que tem que ser lido, construído e compreendido, para ser aplicado, desde a Constituição Federal. Até para que, desse prisma de análise, possamos contribuir, de alguma forma *pensada e refletida*, para um novo Código de Processo Civil.

No momento oportuno, será o caso de *sistematizar* também um novo Código de Processo Civil. Não é esse, vale a ênfase, o momento para um trabalho com a missão e com o papel que este *Curso* quer desempenhar e, graças ao bom leitor, vem desempenhando, nos últimos anos nas suas sucessivas edições.

Como decorrência do quanto consta dos parágrafos anteriores, duas medidas se mostram mais que suficientes para permitir que este *Curso* e a sistematização nele proposta dialoguem *suficientemente* com o que está em discussão no Congresso Nacional: a primeira é a exposição, com a necessária brevidade, dos pontos centrais propostos pelo Substitutivo ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tal qual aprovado pelo Senado Federal, que dizem respeito à matéria tratada ao longo do volume; a segunda é transcrever os respectivos dispositivos daquele Projeto de Lei. Para tanto, volta-se o já anunciado Apêndice 3.

Quero agradecer, uma vez mais, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Que esta 3ª edição seja tão bem recebida quanto a anterior e como os demais volumes deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, que, neste ano de 2011, chega, finalmente, à sua versão completa, tal qual idealizada, com os seus 7 volumes, cada um deles voltado, única e exclusivamente, à missão de tornar mais eficiente o exercício da função jurisdicional civil, lida, pensada, entendida e sistematizada a partir do “modelo constitucional de direito processual civil”.

Tanto mais importantes, sinceras e cabíveis as palavras do parágrafo anterior diante da escolha que os formandos da Faculdade de Direito da PUCSP neste ano de 2010 fizeram ao escolher o meu nome para Patrono de sua Turma. Não posso e não quero deixar de *retribuir* aquela homenagem: quero homenagear aqui aqueles que me homenagearam. Vocês foram os primeiros a estudar direito processual civil por este *Curso*. Vocês, mais que todos, viram e experimentaram a construção de cada um desses volumes e cada uma das ideias neles contidas. Muito obrigado a todos vocês pelo reconhecimento do meu trabalho; ao completar a elaboração de todos os volumes do *Curso*, não poderia querer experimentar, com vocês, outra sensação; não poderia querer coisa diversa. Que vocês possam, ao seguir o seu próprio caminho, colher frutos e flores das sementes que plantamos juntos, ainda melhores do que aqueles que agora vocês me dão. E que vocês sejam, a partir do que conversamos nestes últimos quatro anos, instrumentos decisivos na realização do Direito. Instrumentos afinadíssimos ao diapasão constitucional, aptos a tocar não só a mais bela das melodias mas, também, senão principalmente, a bem harmonizá-la. Sejam felizes sempre.

*Cassio Scarpinella Bueno*  
março de 2011

1 Para quem se interessar ou desejar se aprofundar nessa temática que, em outro trabalho, tive a oportunidade de chamar de “Contrarreforma do Código de Processo Civil”, elegendo a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (ainda vigente...) como pano de fundo, tomo a liberdade de indicar a leitura do meu *O poder público em juízo*, publicado pela Editora Saraiva. A edição mais recente, a 5ª, é de 2009.

## NOTA À 2ª EDIÇÃO

Considerando a boa acolhida da 1ª edição do vol. 5 deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, entendi ser importante preparar uma nova edição não só para, revisando o texto, deixar algumas ideias, noções e conclusões mais claras, mas também para – e principalmente – desenvolver mais demoradamente alguns pontos e introduzir as modificações legislativas mais recentes e certos julgados do STF e do STJ, inclusive as mais recentes súmulas relativas aos temas aqui tratados, que, desde o fechamento editorial anterior, chegaram a meu conhecimento e que se mostraram importantes para ilustrar a exposição dos temas tratados ao longo do volume e as conclusões nele alcançadas.

Também quis incorporar à nova edição a rica vivência – diária, confesso – dos resultados veiculados pela edição anterior na sua aplicação no exercício do magistério, a partir, sobretudo, das turmas de graduação da Faculdade de Direito da PUCSP que estão sob minha responsabilidade, onde tenho tido o privilégio de colocar à prova a metodologia e as conclusões aqui expostas em um ambiente acadêmico que se mostrou e se tem mostrado incrivelmente recompensador.

De outra parte, a intensa atividade acadêmica que tive o privilégio de desenvolver ao longo dos anos de 2008 e 2009 em outras instituições de ensino por todo o Brasil, em cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado viabilizou, também, um constante diálogo entre as propostas de “sistematização do direito processual civil” veiculadas no *Curso* com os alunos, suas experiências e suas necessidades. A revisão do texto, espero, terá condições de espelhar este amadurecimento.

Por ora, só me resta agradecer a todos aqueles que, de certa forma, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Tudo foi recebido como verdadeiro *incentivo* para aprimorar, sempre e cada vez mais, este *Curso* que só quer tornar menos complicado e mais efetivo o exercício da função jurisdicional civil.

# INTRODUÇÃO

## 1. OBJETO DE ESTUDO

O presente volume do *Curso sistematizado de direito processual civil* volta-se ao estudo dos “recursos, dos processos e incidentes nos Tribunais e sucedâneos recursais”.

Como o próprio título está a indicar, trata-se de exame de múltiplas figuras que, em comum, têm a realização do *controle*, no sentido amplo de *revisão*, das decisões jurisdicionais. É essa a razão pela qual pareceu tão importante indicar como subtítulo do volume “técnicas de controle das decisões jurisdicionais”. Variam os meios, as formas de sua manifestação e de sua exteriorização, o próprio *procedimento*, enfim, mas não a sua finalidade.

Dar, ao volume 5, o singelo nome de “recursos”, seria, destarte, descrever insuficientemente o seu conteúdo. Ao mesmo tempo, diferentemente do que anunciado nos volumes anteriores, mostrou-se importante introduzir a menção aos “processos e incidentes nos Tribunais” com a mesma preocupação: descrever, desde a capa, o real conteúdo do trabalho o que, inclusive para fins didáticos, é providência inarredável.

## 2. PLANO DE TRABALHO E EXPLICAÇÕES INICIAIS

O volume é dividido em três partes distintas mas inegavelmente complementares.

A primeira delas dedica-se ao estudo dos recursos, desde a apresentação dos “primeiros elementos para uma teoria geral”, passando pelo que os arts. 547 a 565 do Código de Processo Civil chamam de “da ordem dos processos no Tribunal”, até o exame de cada um dos recursos disciplinados pelo Código de Processo Civil. Este exame coincide, não obstante as considerações feitas pelo n. 1 do Capítulo 1 da Parte I, com o que o próprio

Código encarta no Título X (“Dos recursos”) de seu Livro I (“Do processo de conhecimento”).

Os “recursos” no sentido adotado por este *Curso* – que, no particular, não vê razão para deixar de seguir a doutrina amplamente predominante – apresentam-se como mais uma das *fases* do processo o que não significa dizer que o seu procedimento e a sua forma de apresentação e tramitação não sejam, como de fato são, bastante diversas e variadas entre si a ensejar, como já anunciado, o estudo de cada uma de suas espécies isoladamente a partir de uma teoria *geral*.

A segunda parte volta-se ao exame dos *processos* e dos *incidentes* no âmbito dos Tribunais.

É importante destacar que a menção a *processos* no âmbito dos Tribunais não se confunde com e não se limita àquilo que é disciplinado pelo Código de Processo Civil, em seu Título IX, e, menos ainda, com o que, com nome similar, disciplinam os precitados arts. 547 a 565, objeto de exame pela Parte I.

A palavra “processo” é empregada, neste volume, no contexto e para os fins propostos desde o n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, isto é, como *método* de atuação, de manifestação, de exteriorização da atividade estatal e, especificamente para o objeto de estudo deste Curso, da atividade do Estado-juiz, isto é, do exercício da atividade jurisdicional em busca de uma dada finalidade. Nesse contexto, por exemplo, a chamada “ação rescisória” é *processo* porque rende ensejo a uma nova e diversa atuação do Estado-juiz em prol da prestação de tutela jurisdicional tal qual requerida por alguém. E é também “ação” no sentido de que ela impõe a *necessidade* de romper a inércia do Estado-juiz para o atingimento de determinada finalidade e da constante atuação dos legitimados a exercê-la (e exercitá-la) para sua obtenção (ou rejeição).

O exame de tais “processos” no âmbito dos Tribunais, não há razão para esconder a assertiva, não é exaustivo. Não está compreendido, na Parte II, pelo menos por ora, o exame de diversos *processos* que se realizam originariamente nos Tribunais. É verificar, a propósito, o tão rico quanto variado rol de competências *originárias* exercidas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, da Constituição Federal; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, da Constituição

Federal; v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), pelos Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, da Constituição Federal; v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) e, mesmo, ainda que indiretamente da ótica constitucional federal, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 125, *caput*, da Constituição Federal; v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) para verificar que uma exposição completa do assunto transbordaria dos limites de um *Curso* de direito processual civil, mais ainda quando se trata de examinar as “técnicas de controle das decisões jurisdicionais”. Alguns desses “processos” ocupam, devidamente analisados, como deve ser, do ponto de vista *procedimental*, o vol. 2, tomo III, deste *Curso*.

Em compensação, o exame da edição, modificação e cancelamento das “súmulas vinculantes” expedidas pelo Supremo Tribunal Federal como verdadeiro *processo* com *procedimento diferenciado* é medida inafastável desde o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1) e representa opção metodológica e didática consciente para chamar a atenção de que todas as garantias inerentes a *qualquer* processo não podem ser desconsideradas da atuação do Supremo Tribunal Federal para aquele fim, máxime quando levados em conta os efeitos vinculantes da produção sumular em tais casos.

Além dos *processos* no sentido colocado em destaque pelos parágrafos anteriores, a Parte II do presente volume também se volta ao estudo de alguns *incidentes* que se desenvolvem no âmbito dos Tribunais. Dois deles são regulados pelo próprio Código de Processo Civil em seus arts. 476 a 479 e 480 a 482, respectivamente: a “uniformização de jurisprudência” e a “declaração de inconstitucionalidade”.

São *incidentes* porque não ensejam a formação de *novos* processos diferentes daqueles em que se instauram. Pertinente, a propósito, a lição de Marcelo Abelha Rodrigues (*Suspensão de segurança: sustação de eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, p. 24), para quem o incidente “corresponde, exatamente, a fatos jurídicos que surgem no curso do feito, incidindo sobre a relação jurídica processual anterior, criando-lhe embaraço, justamente porque não faz parte da sua essência”. Nem por isto, contudo, esses *incidentes* deixam de ter *finalidade e função* próprias e, mais ainda, *procedimento* próprio, o que motiva seu estudo pormenorizado pelos

Capítulos 2 e 4, respectivamente. São nesse contexto de análise verdadeiras *fases* de um *mesmo* processo exigidas pela lei – que as estabelece para a prática de determinados atos e a observância de determinados fatos, impregnando-as, portanto, de um adequado *procedimento* – para o atingimento de uma dada finalidade. Os incidentes aqui estudados, meramente *procedimentais*, são, assim, novas *fases* que se justificam, por imposição do sistema processual civil, ao longo da tramitação recursal ou, mais amplamente, a propósito da atuação dos Tribunais.

A Parte III ocupa-se com os, em geral, denominados “sucedâneos recursais”. A expressão, é o caso de evidenciar desde já, deve ser entendida como compreensiva de todas as medidas jurisdicionais que, embora sejam predestinadas ao contraste de decisões jurisdicionais, não são, propriamente, recursos porque lhes falta alguma característica que, de acordo com a doutrina amplamente vencedora, tira-lhes aquela específica natureza jurídica, identificada pelo n. 2 do Capítulo 1 da Parte I.

Este *Curso* não pretendeu ir além do conceito de recursos usualmente aceito pela doutrina e pela jurisprudência nacionais e, com isto, mostrou-se suficientemente correto, do ponto de vista científico, analisar aquelas figuras apartadamente, já que elas não são identificadas, pela própria lei processual civil, como recursos.

Ademais, é certo que duas das seis técnicas discutidas na Parte III, a “reclamação” e o “mandado de segurança contra ato judicial”, Capítulos 3 e 4, respectivamente, poderiam *também* figurar na Parte II, já que elas dão ensejo à formação de um *processo* que, por definição, é de competência originária dos Tribunais. Para sua alocação no volume, contudo, prevaleceu o entendimento de não se tratarem de recursos e, por isso mesmo, “sucedâneos recursais”, posto desempenharem, em larga medida, a mesma finalidade recursal, ainda mais por se voltarem a decisões proferidas em processos pendentes. Sobre o assunto, aliás, são expressas as Súmulas 268 e 734 do STF, analisadas a seu devido tempo.

Por força da proposta maior a que se volta este *Curso*, a Parte III não se dedica ao exame da “suspensão de segurança”, certamente o “sucedâneo recursal” de maior emprego no dia a dia do foro. Como se trata de medida exclusivamente voltada à tutela dos interesses das pessoas jurídicas de direito público, inclusive no ambiente do “direito processual coletivo”, seu

exame dá-se no Capítulo 1 da Parte I do tomo III do vol. 2, quando da descrição dos demais *procedimentos* típicos do “direito processual público”.

Com o exame dessas “medidas impugnativas” na Parte III, de resto, ficam colmatadas, ainda que por razões diversas, as eventuais lacunas sentidas pela Parte II. É certo, outrossim, que os assuntos examinados por este volume são mais do que suficientes para cobrir a matéria obrigatória de direito processual civil imposta pelos currículos acadêmicos.

### **3. AS TÉCNICAS DE CONTROLE DAS DECISÕES JURISDICIONAIS COMO O ENCERRAMENTO DE UM CICLO**

Uma ressalva final justifica-se para esta breve introdução.

O presente volume do *Curso sistematizado de direito processual civil* é, conscientemente, o último da série. O tema “recursos”, compreendido amplamente no sentido proposto pelo n. 1, *supra*, não diz respeito, ao contrário do que a assistemática mas tão linear quanto comum leitura do Código de Processo Civil indica, a um tema relativo ao “processo de conhecimento”. É ver que o Código trata dos recursos como um dos “Títulos”, o décimo, do que ele próprio chama de “processo de conhecimento”.

Quaisquer *decisões* jurisdicionais, porque o são (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte I), estão sujeitas a recursos. Pouco importa em que “processo” tenham sido proferidas, mesmo que se queira aceitar a sua classificação, rejeitada por este *Curso*, com as vênias de estilo.

É assunto, destarte, que deve ser exposto para *encerrar* o exame da matéria relativa ao direito processual civil, este o ciclo a que o subtítulo faz referência, que pode, para fins, extremamente didáticos e enxutos, ser resumido da seguinte maneira: fixadas as premissas mais amplas, o verdadeiro *contexto* de análise e compreensão e aplicação do direito processual civil (vol. 1), é indispensável verificar como se *reconhece* o direito aplicável ao caso concreto analisando, com pormenores, o *procedimento padrão* e as suas variações (vol. 2, tomos I, II e III). Também importa examinar como se *realiza* o direito aplicável ao caso concreto (vol.

3) e, ainda, como a atividade jurisdicional pode (e deve) desenvolver-se em prol da criação de condições de um reconhecimento ou de uma realização *útil*, em sentido amplo, do direito aplicável ao caso concreto (vol. 4).

Como, para *reconhecer e realizar* direitos, isto é, no desenvolvimento da “atividade jurisdicional *cognitiva*” e da “atividade jurisdicional executiva” voltadas à prestação da tutela jurisdicional, o magistrado tem de *decidir*, resolvendo as questões que necessariamente se apresentam diante de si, o exame dos mecanismos que permitem esta forma de controle pelas partes, pelo Ministério Público e por eventuais terceiros diz respeito a todo o *direito processual civil*, não só a parte dele.

Eis a razão pela qual o tema aparece como verdadeiro encerramento de um ciclo relativo à atuação jurisdicional, largamente considerada, e, não por acaso, de um ciclo voltado a seu exame o mais completo possível, do seu início ao seu fim, etapa por etapa, fase por fase.

---

# **Parte I**

## **RECURSOS**

# CAPÍTULO 1

## Primeiros elementos para uma teoria geral dos recursos

### 1. CONSTRUINDO UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Sem prejuízo das considerações feitas pelo ns. 1 e 2 da Introdução, importa destacar, para a construção de uma teoria geral dos recursos, a divisão que faz, a respeito, o Título X do Livro I do Código de Processo Civil, que compreende os arts. 496 a 565. Trata-se, como se dá em diversas outras passagens do Código, de setorização que deve ser recebida com ressalvas pelo intérprete.

É que o Capítulo I daquele Título, voltado a apresentar as “disposições gerais” (arts. 496 a 512), é insuficiente para embasar todas as espécies recursais disciplinadas pelos cinco Capítulos seguintes dedicados à apelação (arts. 513 a 521), ao agravo (arts. 522 a 529), aos embargos infringentes (arts. 531 a 534), aos embargos de declaração (arts. 535 a 538) e aos “recursos para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça” (arts. 539 a 546).

Diferentemente do que se poderia supor, diversas disposições que se encontram no Capítulo II, voltado à apelação, são, elas próprias, tanto quanto as já referidas, regras inerentes à construção de uma teoria geral dos recursos. É o que se verifica com os arts. 515 a 519, que se aplicam, ainda que com alguns temperamentos, a outros recursos que não o de apelação. Se é certo que, por razões históricas, o recurso de apelação desempenhou o papel de recurso por excelência, quiçá o único recurso cabível, sendo, por este motivo, apto a embasar a construção de uma teoria geral dos recursos que o considerasse como verdadeiro e insuprimível paradigma, esta não é – há tempos – a realidade normativa vigente, inclusive no sistema processual civil brasileiro.

De outra parte, o Capítulo VII, “Da ordem dos processos nos Tribunais”, que conclui, com os arts. 547 a 565, o referido Título X, está mal alocado no Código de Processo Civil. Seu conteúdo auxilia não só a construção de uma teoria geral dos recursos e, portanto, a apreensão de cada uma das modalidades recursais, mas, mais amplamente, também das demais técnicas de impugnação a decisões jurisdicionais que não são recursos. Neste sentido, aliás, ele atrita com o Título IX do mesmo Livro I do Código de Processo Civil, voltado a tratar “Do processo nos Tribunais”, razão pela qual aqueles dispositivos merecem exame preambular, verdadeiramente introdutório, como faz o Capítulo 5, para alimentar *também* as considerações desenvolvidas pelas Partes II e III.

Assim, a exemplo de diversas outras iniciativas ao longo do *Curso*, a “teoria geral dos recursos” aqui apresentada toma como base não só o que o Código de Processo Civil fornece, ainda que de maneira pouco linear, como material para sua construção, mas, superiormente, o “modelo constitucional do direito processual civil” e a necessidade de ser apresentado, como produto final, um *sistema* processual civil minimamente coerente à luz das tão variadas quanto profundas modificações por ele experimentadas mais recentemente (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

É esta a razão, ademais, pela qual ocupam Capítulos próprios, além do “procedimento recursal no plano dos Tribunais”, temas como seus “princípios”, seu “juízo de admissibilidade e o juízo de mérito” e seus “efeitos”. A iniciativa quer dar àqueles assuntos espaço próprio e independente, viabilizando, com isto, que cada uma das *partes* possa ser devidamente compreendida em prol da compreensão do *todo*.

## 2. NATUREZA JURÍDICA

É intensa, na doutrina, a discussão sobre a “natureza jurídica” dos recursos, isto é, sobre o que eles são para e no próprio direito positivo.

Para este *Curso*, os recursos representam prova segura do acerto da percepção de que o direito de ação e o direito de defesa ensejam verdadeiros desdobramentos durante o processo. Os recursos são, assim, direito subjetivo público exercitado em face do Estado-juiz com vistas à revisão, em sentido amplo, de uma dada decisão jurisdicional.

Também aqui é importante discernir a “ação” e, por identidade de motivos, a “defesa”, do *pedido de tutela jurisdicional*, a exemplo do que já foi demonstrado em outras passagens do *Curso* (v., em especial, o n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). No plano dos recursos, não há novo pedido com vistas à *concessão* de tutela jurisdicional ou à sua *negação*. O que há, bem diferentemente, é pedido para que o órgão jurisdicional competente reaprecie, para *anular*, *reformular* ou *integrar*, uma decisão jurisdicional já proferida nos casos admitidos pelo sistema processual civil. É certo que, a depender do resultado do recurso, a decisão proferida pelo órgão julgador, porque *substitui* a anterior (v. n. 9 do Capítulo 4), concederá, ela própria, a tutela jurisdicional pedida pela parte. Isto, contudo, é *consequência* do julgamento do recurso; não a *causa* de sua interposição.

É importante desenvolver as considerações dos parágrafos anteriores.

Este *Curso*, desde o n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, propõe o entendimento de que o “direito de *ação*” não é tão somente *exercitado* quando da ruptura da inércia da jurisdição. Ele também é *exercitável* ao longo de todo o processo até que seja prestada, ao autor, a tutela jurisdicional que requereu e que, em última análise, é a razão de ele ter se dirigido ao Estado-juiz. O réu, por sua vez, sem prejuízo de exercitar o direito de ação ao longo do processo, exerce, em nítida contraposição àquele, seu “direito de *defesa*”, que, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”, deve ser tido como verdadeira contraposição ao “direito de ação” na medida em que exercido e exercitado pelo autor (v. n. 1 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1).

Decorre do entendimento sumariado pelos parágrafos anteriores a conclusão de que os “direitos”, “deveres”, “ônus”, “faculdades” e “obrigações” que as partes têm ou desfrutam ao longo do processo decorrem daqueles direitos, de inspiração constitucional, e não de alguma peculiaridade do próprio plano do *processo*, diferentemente do que sustenta, a este respeito, a doutrina tradicional (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Um destes direitos, exercitado tanto pelo autor como pelo réu e, até mesmo, por terceiros intervenientes, incluindo neste rol o Ministério Público quando atua na qualidade de fiscal da lei, é o de recorrer das decisões que,

em alguma medida, criam embaraços às suas legítimas expectativas obtidas ou obteníveis no plano do processo e, conseqüentemente, no plano material.

O recurso é, assim, um *direito* – um “direito subjetivo público” – exercitado pelas partes (autor e réu) e pelos terceiros, representando verdadeiro *desdobramento* do direito de ação (e do direito de defesa) que permeia o desenvolvimento de todo o processo – do *mesmo* processo (v. n. 3, *infra*) –, até a obtenção da tutela jurisdicional para aquele que, na ótica dos órgãos jurisdicionais, detém em face de outrem posição jurídica de vantagem no plano material. Não se trata, destarte, de uma *nova* ação, mas da mesma, originalmente exercitada, que é renovada, desdobrada, *exercitada* ao longo do processo com vistas à obtenção de uma específica situação de vantagem e que, pelas razões expostas pelo n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, é também exercitável pelo réu, ainda que sob as vestes de um “direito de *defesa*”, e por eventuais terceiros intervenientes.

### 3. DEFINIÇÃO

A doutrina brasileira concorda, em sua ampla maioria, sobre a definição de recurso. Para demonstrar isto, é pertinente colacionar a definição dada por dois dos maiores processualistas brasileiros e profundos conhecedores do tema.

Para José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 233), 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”.

Para Nelson Nery Jr. (*Teoria geral dos recursos*, p. 212), recurso é o “meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.

As definições expostas, como enfatizam seus elaboradores, são voltadas a descrever a figura aqui examinada tendo presente as peculiaridades do direito brasileiro e as opções feitas pela legislação processual civil nacional. Em outros sistemas jurídicos, pode haver outros recursos que, para nós, não têm esta natureza e vice-versa. O desenvolvimento da questão é desinteressante para este *Curso*, que se limita, neste volume, a descrever e a

oferecer uma proposta de ampla compreensão e operatividade dos recursos e de outras técnicas de controle das decisões jurisdicionais, para o direito processual civil brasileiro.

Ambas, é importante o destaque, dão evidência a quem são os *legitimados para recorrer*, assunto ao qual se volta o n. 2.2 do Capítulo 3, e também à finalidade recursal, isto é, o que podem pretender os recursos no direito processual civil brasileiro, o que, de acordo com o n. 3 do mesmo Capítulo, integra o chamado “juízo de mérito recursal”, que é examinado nos Capítulos 6 a 12 desta Parte I, dedicados às diversas modalidades recursais referidas no art. 496.

As duas definições também destacam que o recurso seja apresentado na mesma “relação processual”, o que, na nomenclatura adotada por este *Curso*, quer significar no mesmo “*processo*”, porque se trata de característica do direito positivo brasileiro. Os recursos, para nós, não dão ensejo ao nascimento de *novos* processos, porque é suficiente, para o seu regular exercício, o *processo* já existente e que se desenvolve desde a provocação inicial do autor, com a ruptura originária da inércia da jurisdição. Trata-se, ainda que de diversa perspectiva de análise, da maior confirmação do acerto das considerações que ocupam o número anterior: os recursos nada mais são do que o exercício do (mesmo) “direito de *ação*” (ou, da perspectiva do réu, do “direito de *defesa*”) ao longo de um *mesmo* processo, consoante seja necessária, ao autor, ao réu e a eventuais terceiros, a ocupação de determinadas posições de vantagem em busca da obtenção da tutela jurisdicional em seu favor, a eles negada por anterior decisão jurisdicional.

Significativa, no particular, a lição de José Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil*, vol. IV, p. 2-3), para quem “O direito de recorrer é um direito que se insere nos desdobramentos dos atos processuais cuja prática resulta do direito de ação ou do direito de defesa”.

Naqueles casos em que o contraste de uma dada decisão jurisdicional impuser ao legitimado a necessidade de um *novo* rompimento da inércia jurisdicional, a hipótese não pode ser entendida, estudada e sistematizada como recurso. É esta, sem prejuízo do que assinalado pelo n. 2 da Introdução, a razão pela qual as Partes II e III deste volume se voltam ao estudo de outros mecanismos que, a despeito de questionarem decisões

jurisdicionais, não podem ser tratados como recursos, de acordo com o direito processual civil brasileiro.

## 4. CLASSIFICAÇÃO

A doutrina, em geral, apresenta alguns critérios classificatórios sobre os recursos, que, como tais, têm como finalidade viabilizar uma melhor e mais didática aproximação da matéria.

É este o objetivo dos números seguintes, reservando-se os demais Capítulos ao longo do volume a *aplicar* os critérios aqui expostos.

### 4.1. Recursos totais ou parciais

O primeiro classificatório leva em conta a extensão do inconformismo do recorrente quando comparado com a decisão que lhe é desfavorável. Para este fim, o grau de inconformismo do recorrente pode ser total ou parcial, consoante ele impugne toda a decisão ou apenas parte dela.

O próprio art. 505 admite a distinção – embora se refira unicamente à apelação (v. n. 1, *supra*) – quando prevê que “a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte”. A primeira hipótese é a do recurso *total*; a segunda, do *parcial*.

Como todos os recursos, no direito positivo brasileiro, pressupõem o elemento *volitivo* (v. n. 7 do Capítulo 2), não há imposição para que as partes ou eventuais terceiros interponham das decisões que lhe são desfavoráveis quaisquer recursos, e, caso o façam, também não existe nenhuma obrigatoriedade de que toda a decisão, em todas as partes (capítulos) que lhes sejam desfavoráveis, seja questionada.

Importa saber se o recurso é *total* ou *parcial* para verificar se a decisão, ou parte dela, precluiu ou transitou em julgado, o que é relevante para fins de sua efetivação concreta, isto é, para a verificação de qual o regime jurídico, vale dizer, qual disciplina, dará supedâneo à realização prática de seus efeitos.

### 4.2. Recursos de fundamentação livre e de fundamentação vinculada

Levando em conta os tipos de vícios que uma decisão possui e que desafiam seu contraste por recursos, eles podem ser distinguidos em “recursos de fundamentação *livre*” e “recursos de fundamentação *vinculada*”.

Os “recursos de fundamentação *livre*” são aqueles em que o interesse do recorrente toma como base, apenas e tão somente, o gravame experimentado pela decisão. O seu mero inconformismo com a decisão, tal qual proferida, é suficiente para o cabimento do seu recurso. Basta que a decisão tenha acarretado a alguém, em alguma medida, prejuízo, para que caiba o recurso.

Os “recursos de fundamentação *vinculada*”, por seu turno, impõem que o recorrente demonstre, além do (genérico) interesse recursal, um prejuízo específico, previamente valorado pelo legislador, sem o que não se abre a via recursal. As razões do inconformismo são, por assim dizer, somente aquelas tipificadas pelo legislador. São, portanto, recursos que têm como finalidade a correção de específicos vícios de atividade ou de julgamento, os quais, se ausentes, não dão margem ao contraste da decisão.

De fundamentação *vinculada* são o recurso de embargos de declaração, o recurso extraordinário e o recurso especial; todos os demais são de fundamentação *livre*. Os recursos de fundamentação *vinculada* só cabem na medida em que estejam presentes, na decisão recorrida, determinados vícios exigidos pelo sistema processual civil. Não são recursos, por isto mesmo, que buscam reparar qualquer tipo de prejuízo experimentado pelas partes ou por eventuais terceiros, mas, apenas e tão somente, aqueles previamente idealizados, isto é, tornados *típicos*, pelo legislador.

Esta característica de tais recursos acarreta interessante questão no que diz respeito à superação de seu juízo de *admissibilidade* e ao enfrentamento de seu juízo de *mérito*, que é abordada pelo n. 3 do Capítulo 8, com relação aos embargos de declaração, e pelo n. 5 do Capítulo 11, com relação ao recurso extraordinário e ao recurso especial.

### **4.3. Recursos ordinários e extraordinários**

A distinção entre “recursos *ordinários*” e “recursos *extraordinários*”, no sistema processual civil brasileiro, é útil para distinguir os recursos que viabilizam o total e amplo reexame da causa em todas as suas partes, inclusive com o reexame de provas e os que não o admitem porque voltados,

em última análise, ao atingimento de outra finalidade, qual seja, a uniformização da interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território brasileiro.

São “recursos *extraordinários*”, de acordo com o critério classificatório aqui proposto, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e os embargos de divergência, que são cabíveis, apenas, de alguns acórdãos proferidos por aqueles mesmos Tribunais.

Todos os demais são, na consonância desse critério classificatório, “recursos *ordinários*”.

#### 4.4. Recursos principal e adesivo

O critério classificatório elege como paradigma a *forma* de interposição do recurso, se “principal” ou se “adesiva”.

O “recurso *principal*”, ou, como se lê do art. 500, “independente”, é aquele interposto pelas partes ou pelo terceiro tão logo tenham ciência da decisão, valendo-se, para tanto, do prazo pertinente. É manifestação imediata, por assim dizer, do inconformismo com uma decisão proferida contra os seus interesses.

O “recurso *adesivo*”, por sua vez, novidade trazida ao sistema processual civil brasileiro com o Código de Processo Civil de 1973, é recurso que é interposto se a outra *parte* (e não o *terceiro*; v. n. 2.2.2 do Capítulo 3), também prejudicada pela mesma decisão, tiver manifestado seu inconformismo imediato contra ela, apresentando seu recurso no prazo que tiver para tanto. É o que se lê do *caput* do art. 500: “Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte”.

A melhor compreensão do instituto depende de um esclarecimento quanto ao nome pelo qual a figura é conhecida. “Recurso adesivo” não é, com efeito, denominação correta para descrever o fenômeno em pauta. Não é o recurso, em si mesmo, que difere dos demais, embora existam algumas peculiaridades procedimentais, abaixo examinadas, mas, notadamente, a sua *forma de interposição*. É ela, a interposição do recurso, que é, como quer a lei, *adesiva*, ou, como prefere, com acerto, José Afonso da Silva (*Do*

*recurso adesivo no processo civil brasileiro*, p. XVI), *subordinada* ou *dependente*.

Não se trata, pois, de um recurso diferenciado dos demais, mas de uma maneira diferenciada de *interposição* do recurso de apelação, do recurso de embargos infringentes, do recurso extraordinário e do recurso especial (art. 500, II) nos casos em que há “sucumbência *recíproca*”, isto é, em que a decisão gera gravame ao autor e ao réu concomitantemente, inclusive no que diz respeito a questões processuais (STJ, 4ª Turma, REsp 1.109.249/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 7.3.2013, DJe 19.3.2013). Em tais casos, como se lê do art. 500, *caput*, e do respectivo inciso I, a *parte* que não recorreu poderá, no prazo que dispõe para apresentar contrarrazões, interpor o seu próprio recurso.

A propósito de um tal pressuposto, cabe a colação da Súmula 326 do STJ, segundo a qual “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”, o que, no contexto aqui discutido, significa o não cabimento do recurso *adesivo* para majorar o valor imposto pela sentença àquele título. A orientação, com as vênias de estilo, só pode prevalecer quando o autor não houver formulado, como deve fazer, pedido *certo* quanto ao valor da indenização pelos danos morais, assunto para o qual se volta o n. 7.1.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I. Há interessante acórdão da 4ª Tuma do STJ sobre o tema que merece ser lido até porque, posto ter havido unanimidade no resultado, há divergência na *fundamentação* dos votos então proferidos pelos Ministros João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão. Trata-se do REsp 543.133/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. un. 5.5.2009, DJe 28.9.2009.

A justificativa usualmente encontrada em doutrina para defender o “recurso adesivo” é a de que, com a possibilidade da sua *interposição subordinada*, o sucumbente tende a conformar-se com aquilo que a decisão lhe concedeu, já que não é impositivo que ele, desde logo, apresente recurso seu, independentemente da postura a ser tomada pelo adversário afetado também pela *mesma* decisão. No aguardo da postura a ser tomada pela parte contrária, a tendência é que nenhuma delas recorra, precluindo ou, se for o caso, transitando em julgado a decisão tal qual proferida, mesmo que *parcialmente* contrária a seus interesses.

É a hipótese, para figurar um exemplo, daquele que, tendo seu pedido de tutela jurisdicional acolhido pela sentença, vê o réu apelar dela e decidir, por isto, apresentar apelação adesiva para a majoração dos honorários de advogado. Não fosse pela iniciativa do réu, o autor teria se conformado, desde logo, com a sentença tal qual proferida, inclusive com a fixação das verbas de sucumbência. A admissão do recurso adesivo para esta finalidade é amplamente aceita na jurisprudência do STJ como faz prova o seguinte acórdão: 4ª Turma, REsp 1.056.985/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. un. 12.8.2008, DJe 29.9.2008.

Também é comum o entendimento de que a previsão legislativa expressa do recurso adesivo confirma a vedação da *reformatio in pejus* (v. n. 12 do Capítulo 2), uma vez que o agravamento da situação jurídica do recorrente “principal” depende da iniciativa do “recorrido”, que, querendo, interporá o recurso adesivo, tornando-se, por isto, também *recorrente*, embora de forma subordinada.

A disciplina do “recurso adesivo” não difere da do “recurso independente” (art. 500, parágrafo único), que só pode ser o de apelação, de embargos infringentes, o recurso extraordinário e o recurso especial, a não ser por alguns pontos expressamente previstos pelo Código de Processo Civil, que são os seguintes:

Como decorrência da sua própria finalidade, o prazo para sua interposição não tem início com a intimação da decisão nos moldes do art. 506 (v. n. 2.5 do Capítulo 3). A fluência do prazo recursal dá-se quando da intimação da parte que não recorreu para apresentar suas contrarrazões ao “recurso principal”. O órgão jurisdicional perante o qual o “recurso adesivo” deve ser interposto é o mesmo do “recurso independente” (art. 500, I), que, exercendo “juízo positivo de admissibilidade”, determinará a oitiva do recorrido (o recorrente principal) a seu respeito, quando terá prazo para apresentação de contrarrazões ao recurso adesivo, observado o art. 508.

Cabe uma consideração sobre o conteúdo do parágrafo anterior. Por força da teoria geral dos recursos, é irrecusável que também ao recurso interposto na forma adesiva apliquem-se as exigências relativas à “regularidade formal” (v. n. 2.6 do Capítulo 3), é dizer, ele deverá evidenciar o pedido de reforma com fundamentação que lhe dê sustento. Isto, contudo, não quer dizer

que necessariamente o recurso adesivo tenha de ser apresentado em petição distinta das contrarrazões. Do mesmo modo que este *Curso* sustenta não haver qualquer mácula processual na apresentação *formalmente* una da contestação e da reconvenção e, até mesmo, da exceção de incompetência (v. n. 2.2.2, n. 3.1.1 e n. 4, todos do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I), cabe verificar se a apresentação formalmente conjunta das contrarrazões e do recurso adesivo gera algum prejuízo para os litigantes e para o próprio processo. Se não, a hipótese é de mera *irregularidade formal*, devendo ser descartada a existência de qualquer vício no ato tal qual praticado. É essa a razão pela qual não há como concordar, com o devido respeito, com a decisão proferida pela 3ª Turma do STJ no REsp 1.105.923/DF, rel Min. Massami Uyeda, j. un. 4.8.2009, ainda não publicado, que deixou de conhecer de apelação que, a despeito de ter sido nominada de *adesiva* era, em função do prazo em que apresentada, *principal*. Ademais, mesmo nos casos em que se constatar a ocorrência de algum prejuízo – a falta de intimação do “recorrente principal” para responder ao “recurso adesivo”, por exemplo –, a escorreita aplicação do art. 515, § 4º (v. n. 6.1 do Capítulo 5), tem a aptidão de remediá-la, possibilitando, desta perspectiva, o *conhecimento* do recurso.

Também por força de sua interposição derivada, os recursos “adesivos” tornam-se “subordinados”, verdadeiramente dependentes, ao “recurso principal”. É esta a razão pela qual, de acordo com o inciso III do art. 500, o “recurso adesivo” “não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto”. O juízo de admissibilidade *positivo* do “recurso principal”, destarte, é fator decisivo, verdadeira questão *prejudicial*, para o conhecimento e, se for o caso, para o julgamento do *mérito* do “adesivo”.

E porque se trata do *mesmo* recurso embora interposto em prazo diferenciado, é amplamente vencedor o entendimento no sentido de que a parte que interpôs o “recurso principal” não pode valer-se do prazo para contrarrazões para recorrer novamente, quiçá complementando as razões recursais anteriormente apresentadas, ou, no caso de haver algum fato *impeditivo* ou *extintivo* do direito de recorrer (v. n. 2.8 do Capítulo 3), pretender burlar a consumação daqueles pressupostos recursais *negativos* com a apresentação de um “recurso adesivo”.

Além das que ocupam os parágrafos anteriores, o recurso interposto adesivamente não tem nenhuma outra peculiaridade a distingui-lo das demais apelações, embargos infringentes, recursos extraordinários ou recursos especiais. Sua disciplina, como se lê do parágrafo único do art. 500, é rigorosamente idêntica à exposta pelos Capítulos 6, 9 e 11, respectivamente, desnecessários, por isto mesmo, outros comentários a seu respeito nesta sede.

# CAPÍTULO 2

## Princípios

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há uma série de princípios que animam o tema dos recursos e que podem ser retirados diretamente do “modelo constitucional do processo civil” e também do seu “modelo *infraconstitucional*”.

Os números seguintes voltam-se à exposição dos princípios pertinentes ao tema, recuperando, para fins de sistematização da matéria, o que é tratado com maior profundidade pela Parte II do vol. 1, quando da construção do “modelo constitucional do direito processual civil”, aprofundando também o exame que ocupa o n. 8 do Capítulo 2 da Parte IV do mesmo volume, quando da apresentação do “modelo *infraconstitucional* do processo civil”. Como sói acontecer, em se tratando de *princípios jurídicos*, sua lembrança e *aplicação prática* são medidas inafastáveis ao longo da exposição e do tratamento da matéria com vistas à construção de um verdadeiro *sistema* processual civil.

Outros “princípios” há, segundo parcela da doutrina, contudo, que não são, neste Capítulo, listados ou examinados. É, por exemplo, o que se dá com o “princípio dispositivo”, o “princípio inquisitório” e o “princípio da ineficácia das decisões recorríveis”, cunhados por Flávio Cheim Jorge em seu *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 199-208. O que o processualista capixaba descreve como *princípios* sob aqueles nomes são, para este *Curso*, manifestação dos *efeitos* dos recursos, respectivamente, o “efeito *devolutivo*”, o “efeito *translativo*” e o “efeito *suspensivo*”, estudados pelos ns. 6, 7 e 3 do Capítulo 4. A proposta metodológica, aliás, reflete bastante bem o entendimento de que, por vezes, o tratamento da mesma matéria rende ensejo a diferentes perspectivas, nada mais do que isto.

### 2. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O “princípio do duplo grau de jurisdição” é princípio *implícito* na Constituição Federal de 1988, apesar de o inciso II do art. 102 e o inciso II do 105, ambos da Constituição, assegurarem, nos casos específicos que preveem, *um* duplo grau (v. n. 2 do Capítulo 10). Como demonstra o n. 8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, esta conclusão é inarredável pela constatação da existência e da competência dos Tribunais brasileiros e, mais amplamente, pela abrangência que o “princípio do devido processo legal” assume, como dado eminentemente cultural e sociológico, em todos aqueles que militam no foro.

O “princípio do duplo grau de jurisdição” quer significar que toda decisão proferida por um magistrado (o órgão *a quo*) é passível de recurso para outro (o órgão *ad quem*) que tenha condições de revisar, no sentido amplo, aquela decisão.

A constatação de que o “duplo grau” é um princípio – e ser *implícito* é de nenhuma relevância no particular – não significa, todavia, que a lei não possa dar preferência a um e em outro caso a outros princípios, colidentes com ele, em busca de outros resultados *também* desejados pelo sistema processual civil. O que deve dar-se em tais casos, porém, é o necessário *sopesamento* dos valores antagônicos e nunca a eliminação de um em prol do outro (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). É o que se verifica, por exemplo, com o art. 515, § 3º, objeto de exame pelo n. 8.1 do Capítulo 4.

Dada a finalidade dos “recursos *extraordinários*”, contudo, eventuais restrições ao seu cabimento devem ser entendidas diferentemente do que se dá com relação aos “recursos *ordinários*”. Pela sua própria natureza e por força da competência exercida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em seu julgamento, o “princípio do duplo grau de jurisdição” não se aplica porque a pressuposição do sistema é que os recursos anteriores – cuja interposição é pressuposto de admissibilidade daqueles (v. n. 2.1 do Capítulo 11) – tenham tido condições suficientes e adequadas de estabelecer, com segurança e definitividade, as premissas fáticas do caso a ser julgado.

## 2.1. Colegialidade nos Tribunais

Princípio que decorre do “duplo grau de jurisdição”, tal qual apresentado pelo número anterior, é o que pode ser chamado de “colegialidade nos

Tribunais”. Este princípio significa que o “juiz natural” (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) das decisões proferidas no âmbito dos Tribunais brasileiros, quais sejam, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, devem ser tomadas colegiadamente, isto é, de forma *plural*, pelo órgão competente, imposto pela própria Constituição Federal (ou Estadual, para os Tribunais de Justiça), pela lei ou pelo Regimento Interno, nos casos em que não houve previsão normativa de maior hierarquia.

Trata-se do que o n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 chamou de manifestação *horizontal* do “duplo grau”, e não no plano *vertical*, como é mais comumente exposto e compreendido, destacando a distinção entre um órgão de jurisdição inferior e um outro de jurisdição superior.

Todo princípio aceita, em nome de outros que lhe são contrários, mitigações. Com o “princípio da colegialidade” não é diverso. É absolutamente legítima a lei que *excepciona* o princípio aqui examinado em nome de outros, admitindo que em prol de maior celeridade e racionalização no trato dos recursos e, mais amplamente, dos processos, no âmbito dos Tribunais, alguns de seus membros decida *monocraticamente*, isto é, de forma isolada, não colegiada, não plural.

Nos casos em que isto se verificar, contudo, é condição de legitimidade da lei que assegure a possibilidade de controle da decisão isolada do membro do Tribunal pelo órgão colegiado respectivo, sob pena de ofensa ao princípio aqui examinado. O mecanismo que viabiliza este controle da decisão singular (monocrática) para o órgão colegiado (o órgão competente do Tribunal, “juiz natural do julgamento do recurso”) é o recurso de “agravo *interno*”, estudado pelo n. 5 do Capítulo 7.

É esta a razão pela qual este *Curso* insiste no entendimento de que a decisão monocrática no âmbito dos Tribunais deve ser compreendida como *técnica de antecipação procedimental* do julgamento colegiado por um de seus membros, que o representa, isto é, age em nome dele, diante de uma específica autorização legislativa. Nunca, entretanto, como decisão que se possa afirmar e ser, por si só, incontestável ou definitiva. Esta é a razão por que não há como entender *constitucional* a vedação do parágrafo único do art. 527, examinado pelo n. 3.5 do Capítulo 7.

Diferentemente, o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 543, posto imporem a irrecorribilidade de determinadas decisões monocráticas, não são inconstitucionais porque se limitam a estabelecer regras procedimentais relativas ao processamento concomitante de recurso extraordinário e de recurso especial, tema ao qual se volta o n. 10 do Capítulo 11. E mais: na hipótese disciplinada pelos referidos parágrafos, qualquer situação de urgência encontrará, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, espaço para ser devidamente prestada.

As conclusões expostas pelos parágrafos anteriores têm eco seguro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Lê-se, em diversos julgados, que é legítima a lei que criar competências para os órgãos monocráticos no âmbito dos Tribunais *desde que* haja recurso para seu reexame perante o colegiado competente; assim, dentre outros: 2ª Turma, AI-AgR 578.479/SP, rel. Min. Eros Grau, j.un. 18.4.2006, DJ 12.5.2006, p. 23; 2ª Turma, AI-AgR 475.064/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 14.2.2006, DJ 10.3.2006, p. 49; e Pleno, MS-AgR 24.542/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 27.8.2004, DJ 15.10.2004, p. 3. O agravo *interno*, ao viabilizar o controle *colegiado* da decisão, dá cumprimento adequado ao princípio aqui examinado.

Inversamente à legitimidade da atuação monocrática no âmbito dos Tribunais nas condições acima examinadas, há situações em que a manifestação colegiada no âmbito dos Tribunais é imposta. É o que se dá com o art. 97 da Constituição Federal. A importância do assunto impõe a abertura de um novo número para seu exame.

## 2.2. Reserva do plenário

Manifestação incontestada do “princípio da colegialidade” está no art. 97 da Constituição Federal. De acordo com o dispositivo, só o Tribunal Pleno ou, onde existir – e houver delegação regimental neste sentido (art. 93, IX, da Constituição Federal) –, o “órgão especial” é que tem competência para declarar a *inconstitucionalidade* de lei. Em tais hipóteses, como adiantado pelo número anterior, a “colegialidade” é exigida expressamente pela Constituição Federal. É este o chamado “princípio da reserva de plenário”.

Também por se tratar de *princípio*, o art. 97 da Constituição Federal aceita mitigações legítimas pela lei. É o que se dá com o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, que torna desnecessária a

manifestação do Pleno ou, se for o caso, do órgão especial quando o Supremo Tribunal Federal ou o próprio Tribunal já tiverem se manifestado sobre a inconstitucionalidade da lei aplicável ao caso concreto. Trata-se de regra nitidamente inspirada no “princípio da economia e eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e que, com as ressalvas feitas pelo n. 5 do Capítulo 4 da Parte II, deve ser observada, quando o *Curso* se volta ao exame do procedimento da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela “via difusa”.

O art. 97 da Constituição Federal, contudo, não pode ser afastado para legitimar decisão de Tribunal que deixe de aplicar lei sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, mesmo que não expressamente reconhecida de acordo com o procedimento anunciado pelo parágrafo anterior. É a diretriz agasalhada na Súmula Vinculante 10 do STF, que tem o seguinte enunciado: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte”.

### 3. TAXATIVIDADE

O “princípio da taxatividade” deve ser entendido no sentido de que somente a lei pode criar recursos no sistema processual civil brasileiro. E não se trata de qualquer lei, mas de lei *federal*, por força do que dispõe o art. 22, I, da Constituição da República. Mesmo o art. 24, XI, daquela Carta, quando reconhece aos Estados-membros competência para criarem regras de *procedimento* não pode inovar o sistema no que diz respeito aos recursos. Há unanimidade na doutrina de que os recursos e suas hipóteses de cabimento são matéria de direito *processual*, a afastar, conseqüentemente, a competência estadual da disciplina do tema.

Matéria procedimental, apta, portanto, a ser *criada* por lei estadual, em tema de recursos diz respeito, por exemplo, à *forma* do exercício do direito de recorrer. Não, contudo, à *criação* de modalidades recursais além ou diversas daquelas previstas pela lei federal até para fins de uniformização do *processo* em todo o território nacional.

Os recursos do sistema processual civil são os previstos como tais pelo art. 496. De acordo com o dispositivo, “são cabíveis os seguintes recursos: I

– apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”.

O extenso rol do art. 496 não significa, contudo, que não existam outros mecanismos de impugnação das decisões jurisdicionais. Eles existem, mas não são recursos porque não têm natureza recursal e, conseqüentemente, guiam-se por disciplina diversa, a eles não se aplicando a teoria geral de que se ocupa esta Parte I, em especial seus Capítulos 1 a 4. É o caso da “ação rescisória” (Capítulo 1 da Parte II), da “ação anulatória” (Capítulo 1 da Parte III), do “reexame necessário” (Capítulo 2 da Parte III), da “reclamação” (Capítulo 3 da Parte III), dos “mandados de segurança contra atos jurisdicionais” (Capítulo 4 da Parte III), dos “embargos de terceiro” e do “pedido de suspensão de segurança”. Todas estas medidas são estudadas ao longo do volume nos Capítulos indicados entre parênteses, à exceção dos últimos dois, que ocupam, respectivamente, os tomos II e III do vol. 2. No que diz respeito às outras duas figuras usualmente referidas pela doutrina e pela jurisprudência – os “pedidos de reconsideração” e a “correição parcial” –, seu exame, nos Capítulos 5 e 6 da Parte III, respectivamente, demonstra que, à falta de previsão legislativa (federal), não são recursos nem medidas jurisdicionais aptas à reforma, anulação ou complementação de decisões jurisdicionais. Rigorosamente, não são sequer *sucedâneos recursais*.

O princípio aqui examinado não pode ser compreendido, outrossim, como se só fosse recurso o que está no próprio art. 496. Outros recursos existem que não são incluídos naquele rol, mas, por serem previstos, como tal, em legislação processual civil extravagante, é irrecusável entendê-los também como recursos. É o caso dos “embargos infringentes” a que faz referência o art. 34 da Lei n. 6.830/1980, a chamada “Lei da Execução Fiscal”, mencionados pelo n. 1 do Capítulo 9.

O chamado “recurso adesivo”, é pertinente reiterar o que expõe o n. 4.4 do Capítulo 1, não é um recurso distinto dos demais, mas, bem diferentemente, *forma* diferenciada de interposição da apelação, dos embargos infringentes, do recurso extraordinário e do recurso especial. Por

esta razão, a ausência de sua menção no rol do art. 496 é de nenhuma importância para os fins aqui discutidos.

## 4. UNIRRECORRIBILIDADE

O princípio da unirrecorribilidade, também denominado “singularidade” ou “unicidade”, significa que cada decisão jurisdicional desafia o seu contraste por um e só por um recurso. Cada recurso, por assim dizer, é que tem aptidão de viabilizar o controle de determinadas decisões jurisdicionais com exclusão dos demais.

É correto o entendimento, por isso mesmo, segundo o qual é vedada a interposição *concomitante* de recursos: cada decisão comporta “um só” recurso de cada vez. Na verdade, uma mesma decisão pode comportar mais de um recurso, mas não *concomitantemente*. É proibida a concomitância recursal para o atingimento de uma mesma finalidade, assim compreendida a submissão de uma mesma decisão ao órgão *ad quem*. Bem ilustra a compreensão desse princípio acórdão da 4ª Turma do STJ (AgRg no AREsp 9.653/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 2.5.2013, DJe 10.5.2013), que entendeu caber o recurso de apelação da sentença que indeferiu benefícios da assistência judiciária gratuita a uma das partes, forte no que dispõe o art. 513.

Isto não significa dizer, contudo, que, para diferentes *capítulos* de uma mesma decisão, não possam caber recursos diversos, embora *sucessivos*, situação da qual é exemplo clássico o art. 498, examinado com o vagar necessário pelo n. 5 do Capítulo 9. Também não agride o princípio aqui tratado quando uma mesma decisão aceita *sucessivamente* mais de um recurso, consoante sejam os vícios por ela apresentados e a vontade de o recorrente eliminá-los, como se dá, por exemplo, com a apresentação de embargos declaratórios para esclarecer obscuridade constante de sentença e, com a sua rejeição, a interposição de apelação contra a mesma sentença, visando à sua reforma.

Justifica-se, de outra parte, a flexibilização do princípio quando uma mesma decisão exige a interposição *concomitante* de mais de um recurso porque ela toma como base fundamentos diversos, cada qual a impor seu contraste por um recurso distinto, assunto de que se ocupa o n. 10 do

Capítulo 11 ao ensejo do exame do recurso extraordinário e do recurso especial à luz dos parágrafos do art. 543.

## 5. CORRELAÇÃO

É importante discernir do princípio tratado pelo número anterior o que este *Curso* chama de “princípio da *correlação*”, embora a larga maioria doutrinária trate de ambos indistintamente, sob o rótulo da “unirrecorribilidade”, “singularidade” ou “unicidade”, como duas facetas de uma mesma realidade jurídica.

Se de cada decisão cabe um recurso – e é esta a noção suficiente do “princípio da unirrecorribilidade” –, impõe-se saber qual é o recurso cabível em cada caso. Araken de Assis (*Manual dos recursos*, p. 83) entende necessário, a este propósito, lembrar do art. 809 do Código de Processo Civil de 1939, expresso na vedação de a parte “usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”. Para o jurista gaúcho, a “correlação entre os atos decisórios de primeiro grau, formalmente tipificados no art. 162, e as hipóteses rígidas de cabimento, conforme estipulam os arts. 504, 513 e 522”, assegura a recepção, posto *implícita*, do princípio que este *Curso* prefere destacar do princípio para o qual se volta o número anterior.

Para compreensão adequada do “princípio da *correlação*”, importa recuperar a discussão trazida à tona pelo n. 4.1.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 sobre a identificação dos diversos atos judiciais, dentre eles os que interessam ao desenvolvimento presente, as *decisões*.

Dentre os atos jurisdicionais, os que têm natureza *decisória* são as decisões interlocutórias (art. 162, § 2º) e as sentenças (art. 162, § 1º), no âmbito da primeira instância, e, no dos Tribunais, os acórdãos (art. 163) e as decisões monocráticas (v., principalmente, art. 557).

Enquanto os acórdãos definem-se suficientemente pela circunstância de serem proferidos por órgãos colegiados nos Tribunais, independentemente de seu conteúdo, no que é feliz a conceituação fornecida pelo art. 163, as decisões interlocutórias e as sentenças não são, ao contrário do que poderia parecer da leitura dos §§ 1º e 2º do art. 162, distinguíveis apenas pelo seu conteúdo. Para ser sentença, a par de ter como conteúdo uma das variadas hipóteses do art. 267 ou do art. 269, é mister também – a despeito do silêncio do § 1º do art. 162 – que ela acarrete o encerramento da “*etapa*

cognitiva” ou da “*etapa executiva*” do processo em primeira instância. Enquanto houver atividade judicial a ser praticada em cada uma daquelas etapas (cognitiva ou executiva), o magistrado não profere sentença, independentemente de seu conteúdo, mas, apenas e tão somente, decisões interlocutórias. Estas, justamente por isto, são bem definidas pelo § 2º do art. 162 como as decisões que resolvem, no correr do processo, questões incidentes, independentemente de seu conteúdo.

As interlocutórias são contrastáveis pelo recurso de agravo. Tal recurso, por sua vez, aceita quatro modalidades diversas e, conseqüentemente, importa correlacionar, em nome do princípio aqui estudado, cada interlocutória a uma das modalidades.

As interlocutórias proferidas em primeira instância dão ensejo a duas modalidades de agravo. A regra é a de que o agravo seja *retido*, que viabiliza o reexame da decisão oportunamente se houver interposição de recurso de apelação da sentença e desde que ele seja reiterado oportunamente (art. 523 e respectivo § 1º). A exceção é a de que o agravo seja de *instrumento*, reservado para os casos de indeferimento do recurso de apelação, para contrastar decisão relativa aos efeitos da apelação ou, genericamente, em casos de urgência, que impõem o reexame imediato da decisão (art. 522, *caput*).

As decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais dão ensejo às duas outras modalidades de agravo. Quando se tratar da decisão proferida pelo Presidente do Tribunal ou por quem lhe faça as vezes que indeferir o trânsito de recurso extraordinário e/ou recurso especial, o agravo cabível em função da peculiaridade das regras procedimentais que lhe empresta o art. 544, merece ser estudado à parte, máxime depois do advento da Lei n. 12.322/2010 que transformou aquele agravo, que, até então, era de *instrumento* em “agravo nos próprios autos”. As demais decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais são contrastadas pelo recurso de “agravo interno” (art. 557, § 1º), impropriamente chamado de “agravo regimental”. Ao recurso de agravo, em suas quatro modalidades, dedica-se o Capítulo 7.

O conteúdo das sentenças não é decisivo, não obstante a *letra* do § 1º do art. 162, para caracterizá-las como tais e menos ainda para a identificação do recurso delas cabível. As sentenças são, de acordo com o art. 513,

contrastáveis mediante o recurso de apelação. Não subsiste, no Código de Processo Civil de 1973, a orientação do de 1939 que discernia, para fins recursais, as sentenças *terminativas* das *definitivas*, reservando somente para estas a apelação (art. 820 do CPC/39) e, para aquelas, recurso que não sobreviveu ao novo Código, o “agravo de petição” (art. 846 do CPC/39).

Os acórdãos – decisões *colegiadas* proferidas no âmbito dos Tribunais (art. 163) – desafiam, consoante o caso, um recurso diferente.

Quando se tratar de acórdão que reforma sentença de mérito ou que julga procedente “ação rescisória”, em um e em outro caso, por maioria de votos, o recurso cabível é o de embargos infringentes, de acordo com o art. 530. Seu exame ocupa o Capítulo 9.

Quando o acórdão do qual não caiba nenhum outro recurso atritar, em alguma medida, com normas da Constituição Federal ou com normas infraconstitucionais federais, seu contraste deve ser perseguido com a interposição do recurso extraordinário e do recurso especial, respectivamente (arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal), examinados conjuntamente pelo Capítulo 11. Excepcionalmente também as sentenças sujeitam-se a recurso *extraordinário*, nos casos mencionados pelo n. 2.2 do mesmo Capítulo.

O acórdão proferido em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal ou em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, que manifestar discrepância com outros entendimentos daqueles mesmos Tribunais, desafia seu contraste pelo recurso de “embargos de divergência” (art. 546), para o qual se volta o Capítulo 12.

O recurso ordinário previsto pelo art. 102, II, “a”, da Constituição Federal, para o Supremo Tribunal Federal, pressupõe acórdão *denegatório* de mandado de segurança, de *habeas data* ou de mandado de injunção impetrados originariamente no Superior Tribunal de Justiça. O recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça pressupõe, por sua vez, acórdãos denegatórios de mandado de segurança impetrados originariamente nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais ou, ainda, *sentença* proferida pela primeira instância nas demandas que envolverem, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil (art. 105, II, “b” e

“c”, da Constituição Federal). Ao exame deste recurso volta-se o Capítulo 10.

Os “embargos de declaração”, por sua vez, a despeito da restrição que decorre da *letra* do art. 535, cabem de quaisquer decisões jurisdicionais (inclusive das interlocutórias, portanto), e, até mesmo, de *despachos*, quando o vício a ser combatido é sua contradição, sua obscuridade ou sua omissão, assunto ao qual se volta o Capítulo 8.

Tanto que a Corte Especial do STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo, decidiu que, “Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada” (REsp 886.178/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2009, DJe 25.2.2010).

Por fim, vale recordar que os “despachos”, tenham eles sido praticados pelo magistrado diretamente (art. 162, § 3º) ou pelos serventuários da justiça, por delegação sua (art. 93, XIV, da Constituição Federal e art. 162, § 4º, do Código de Processo Civil), não estão sujeitos a recursos. É o que estabelece o art. 504. O dispositivo deve ser lido, como qualquer outro, em seu devido contexto.

A pressuposição assumida pelo legislador é a de que não cabem recursos de despachos porque eles não têm aptidão de causar prejuízos, porque se trata de atos de mero impulso processual, inaptos, destarte, a resolver *questões* e causar gravame a quem quer que seja. Na exata medida em que criem, contudo – e a riqueza do foro revela que isto pode acontecer com muito mais frequência que se pode supor –, são recorríveis, deles cabendo recurso de agravo na modalidade retida ou de instrumento, consoante o caso.

A bem da verdade, todo despacho que tem aptidão de causar prejuízo para qualquer uma das partes ou para eventuais terceiros é “despacho” apenas no nome; ele deve ser tratado juridicamente como verdadeira *decisão*, afastando de sua regência, conseqüentemente, o art. 504, e aplicando-lhe, conseqüentemente, a mesma disciplina reservada para o recurso cabível. É o que, corretamente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça acerca da determinação dirigida ao autor para que complementasse o

valor das custas recolhidas quando da distribuição da petição inicial, entendendo-a como verdadeira *decisão* – e, como tal, agravável de instrumento –, justamente pela possibilidade de causar prejuízo para a parte. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1.194.112/AM, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 22.6.2010, DJe 1.7.2010 e STJ, 2ª Turma, REsp 1.212.718/AM, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 14.4.2011, DJe 28.4.2011.

Nos casos em que os despachos são praticados pelos serventuários, a constatação do prejuízo para fins de recorribilidade a que se referiu o parágrafo anterior depende de prévia manifestação do juiz. Assim, por força do que dispõem o inciso XIV do art. 93 da Constituição Federal e o § 4º do art. 162, é impositivo que a parte (ou, se for o caso, o terceiro) questione o acerto do ato do serventuário ao magistrado para que do ato deste, que eventualmente cause alguma espécie de gravame, cabia o recurso apropriado, afastando-se, conseqüentemente, a vedação do art. 504.

## 6. FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade recursal deriva diretamente de outro princípio pertencente ao modelo *infraconstitucional* do processo civil, o “princípio da instrumentalidade das formas” (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Trata-se, destarte, de princípio *implícito*, diferentemente do que se dava ao tempo do Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 810 o agasalhava expressamente: “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”.

O princípio justifica-se no sistema processual civil porque, a despeito da “correlação” entre decisões jurisdicionais e recurso cabível, objeto de exposição pelo n. 5, *supra*, que, segundo os itens 31 e 33 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, teria o condão de eliminar quaisquer dúvidas inerentes ao sistema anterior, de 1939, nem sempre é claro ao operador do direito processual civil a natureza jurídica da decisão e, conseqüentemente, qual é o recurso que dela deve ser interposto. As dificuldades reinantes na distinção entre “decisão interlocutória” e “sentença”, com efeito, mormente depois da redação que, ao § 1º do art. 162, deu a Lei n. 11.232/2005, não são poucas e nem são de fácil solução.

Em todos os casos em que esta situação for constatada, a aplicação do princípio da fungibilidade é significativa de que qualquer dos recursos que, em tese, poderia ser tido como apto para o caso concreto, deve ser aceito e julgado sem quaisquer ressalvas ou reparos. A existência de fundada *dúvida* sobre o recurso cabível conduz a uma necessária flexibilização do sistema recursal, para admitir, dentre as alternativas que dão ensejo à formação da dúvida, o uso de quaisquer dos recursos abrangidos pela dúvida. A *forma* assumida pelo inconformismo (o tipo de recurso efetivamente interposto, destarte) passa a ser menos importante que o desejo inequívoco de recorrer, de exteriorização de inconformismo com a decisão tal qual proferida.

A aplicação da fungibilidade como um *princípio* jurídico – diferentemente do que se passava sob a égide do Código anterior, que continha dispositivo como o precitado art. 810 – deve ser entendida em todas as suas consequências. A “dúvida objetiva” e a “inexistência de erro grosseiro” são redutíveis ao que o parágrafo anterior denominou “dúvida” sobre cabimento do recurso ou, o que é o mesmo por força do sistema processual civil, “dúvida” sobre a natureza jurídica da decisão.

Não há, no entanto, como acolher o entendimento, largamente predominante na jurisprudência e herdado do Código anterior, de que o recurso, para ser aceito, precisa ser interposto, havendo dualidade de prazos, no menor, medida apta para afastar qualquer pecha de má-fé. É que não há meio-termo entre existir, ou não, fundada e justificada dúvida sobre o cabimento de um dado recurso de uma dada decisão. Ou há dúvida e, por isto, os recursos que a ensejam devem ser admitidos, como se fossem os corretos, ou, inversamente, não há dúvida e, por este fundamento, bastante, o princípio não se aplica independentemente da disciplina reservada pelo sistema processual civil ao recurso tal qual interposto, a começar pelo seu prazo. Assim, não há como compactuar com uma fungibilidade verdadeiramente híbrida, que dá fundamento ao cabimento do recurso em si mesmo considerado, mas não para o seu regime jurídico correlato.

Se a hipótese de interpor um recurso no lugar do outro denotar má-fé, ela deve ser sancionada como tal (art. 17, VII; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Para tanto, contudo, não pode deixar o magistrado, diante da dúvida em sede de doutrina e jurisprudência acerca do cabimento do recurso, deixar de conhecê-lo por este fundamento.

As hipóteses mais comuns de aplicação do princípio aqui discutido residem no cabimento da apelação e do agravo decorrente da dúvida se a decisão recorrida é, ou não, sentença ou interlocutória, questão que é tanto mais tormentosa à luz da atual definição de sentença (art. 162, § 1º) e de diversos outros dispositivos, também fruto das mais recentes Reformas do CPC, que alteraram a natureza jurídica de várias decisões proferidas ao longo da etapa executiva. Aplicando o princípio aqui destacado à decisão que julga a atual “impugnação” (art. 475-M; v. Capítulo 1 da Parte V do vol. 3) processada e julgada antes do advento da Lei n. 11.232/2005, v.: STJ, CE, REsp 1.044.693/MG, rel. p./acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., j.m.v. 31.12.008, DJe 6.8.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 1.081.248/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 3.2.2009, DJe 2.3.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 1.033.447/PB, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 10.2.2009, DJe 5.3.2009; e STJ, 3ª Turma, REsp 963.977/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 26.8.2008, DJe 5.9.2008.

Não obstante os procedimentos de cada um destes recursos sejam totalmente diversos um do outro, como demonstram o n. 5 do Capítulo 6 e o n. 3.1 do Capítulo 7, não há qualquer óbice para a aplicação do princípio porque a *forma* de documentação dos atos processuais e, se for o caso, a criação de um “instrumento” à parte dos autos principais ou a recíproca disto, vale dizer, o apensamento, aos autos principais, do “instrumento” já formado, é providência facilmente remediável pelas partes e, se for o caso, pelos terceiros recorrentes.

Tamanha a dúvida que se tem formado acerca da identificação da *sentença* à luz do art. 162, § 1º, que surgiram aqueles que vêm sustentando, a este respeito, a necessidade de a apelação, quando dirigida a sentenças que não encerram a “etapa cognitiva”, ser processada por *instrumento*, a exemplo do agravo, de forma a não prejudicar o andamento do processo em primeira instância. A melhor solução para a espécie, contudo, é recusar natureza jurídica de *sentença* à decisão jurisdicional que, a despeito do seu conteúdo, não colocar fim à “etapa cognitiva” do processo em primeira instância, assumindo, justamente por isto, *função* interlocutória (v. n. 1.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

É bastante comum na prática forense verificar a aplicabilidade do princípio para receber embargos de declaração como agravo interno

(usualmente chamado de “agravo *regimental*”) – ambos interponíveis no prazo de cinco dias –, mormente nos casos em que os declaratórios apresentam, em alguma medida, efeitos *modificativos* (STF, 1ª Turma, AI-ED 658.397/RJ, rel. Min. Menezes Direito, j.m.v. 23.10.2007, DJ 19.12.2007, p. 53; STF, 1ª Turma, AI-ED 648.884/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 23.10.2007, DJ 30.11.2007, p. 76; STF, Pleno, AI-ED 647.204/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 11.10.2007, DJ 14.12.2007, p. 37; STF, 2ª Turma, AI-ED 563.879/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 12.12.2006, DJ 22.6.2007, p. 62; STJ, 4ª Turma, EDcl no REsp 744.058/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 11.12.2007, DJ 11.2.2008, p. 1; STJ, 1ª Turma, EDcl no Ag 940.592/PR, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 4.12.2007, DJ 17.12.2007, p. 143; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 965.934/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 29.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 336; STJ, 6ª Turma, EDcl no Ag 726.793/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 27.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 354). Não, contudo, na hipótese em que o agravo interno é interposto contra a decisão *colegiada*, porque, em tais casos, não há espaço para qualquer hesitação quanto ao não cabimento do “agravo *interno*” (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 730.926/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 20.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 424).

É assente o entendimento, de outra parte, que não é de ser aplicado o princípio da fungibilidade para admitir recurso ordinário interposto no lugar de recurso extraordinário ou recurso especial e vice-versa (assim, v.g., Súmula 272 do STF; STF, 1ª Turma, RE-AgR 423.817/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 16.8.2005, DJ 2.9.2005, p. 23; STF, 2ª Turma, AI-AgR 410.552/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 14.12.2004, DJ 18.2.2005, p. 31; STJ, 2ª Turma, AgRg no RMS 25.169/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 13.11.2007, DJ 26.11.2007, p. 150, e STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 891.132/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 23.8.2007, DJ 10.9.2007, p. 301) ou para admitir, como agravo de instrumento de decisão denegatória de recurso extraordinário e/ou recurso especial, reclamação (STF, Pleno, Rcl-AgR 4.294/AL, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.m.v. 11.10.2007, DJ 14.12.2007, p. 22, e STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 911.014/MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 9.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 266).

A razão de ser destes julgados, corretos no particular, reside na circunstância de que as hipóteses de cabimento de cada um destes recursos, bem assim as decisões que os desafiam, não dão margem a qualquer dúvida sobre o meio que, de acordo com o sistema processual civil, deve ser utilizado para viabilizar o seu contraste perante o órgão *ad quem*.

## 7. VOLUNTARIEDADE

O “princípio da voluntariedade” é significativo da necessidade de o recorrente, isto é, aquele que detém legitimidade e interesse em recorrer (porque a decisão, tal qual proferida, trouxe-lhe algum gravame), exteriorizar o seu inconformismo com vistas a afastar o prejuízo que a decisão lhe acarreta.

Para que o recurso seja compreendido como tal é inarredável que o recorrente manifeste o desejo de recorrer e, além disto, que ele exponha as razões (e a extensão) de seu inconformismo, circunstância mais bem examinada pelo n. 8, *infra*. O princípio em análise vincula-se, a olhos vistos, ao chamado “efeito devolutivo” e, mais amplamente, encontra eco seguro em princípio geral do direito processual civil, o “princípio dispositivo” (v. n. 6 do Capítulo 4).

Também se relaciona ao princípio da voluntariedade a classificação exposta pelo n. 4.1 do Capítulo 1, que distingue o recurso *parcial* do recurso *total*, consoante a manifestação de inconformismo do recorrente diante da decisão ser, respectivamente, parcial ou total.

Exceção que se colhe, no sistema processual civil, ao princípio da voluntariedade reside no chamado “reexame necessário”. O instituto, albergado pelo art. 475 e por alguns dispositivos da lei processual civil extravagante, estudado pelo Capítulo 2 da Parte III, significa a sujeição compulsória de algumas sentenças aos Tribunais de Justiça ou aos Tribunais Regionais Federais para que surtam seus regulares efeitos. Antes disto, lê-se na doutrina e na jurisprudência amplamente vencedoras, a sentença é ineficaz. O traço característico deste reexame necessário, como seu próprio nome sugere, é que ele faz as vezes de um recurso de apelação mas dele se distingue totalmente, uma vez que não depende, como qualquer recurso, da manifestação de vontade da parte (ou do terceiro) inconformado com a decisão.

## 8. DIALETICIDADE

O “princípio da dialeticidade” relaciona-se, em alguma medida, com o princípio da voluntariedade, para o qual se volta o número anterior, como lá adiantado. Se aquele princípio relaciona-se com a necessária exteriorização do inconformismo do recorrente diante de uma dada decisão, este atrela-se com a necessidade de o recorrente demonstrar as *razões* de seu inconformismo, relevando por que a decisão lhe traz algum gravame e por que a decisão deve ser anulada ou reformada.

Examinado o princípio desta perspectiva, é irrecusável a conclusão de que ele está intimamente ligado à própria regularidade formal do recurso e ao entendimento, derivado do sistema processual civil (v. n. 2.6 do Capítulo 3), de que não é suficiente a *interposição* do recurso mas que o recorrente apresente, também, desde logo, as suas razões.

Aplicação correta do princípio aqui examinado encontra-se na Súmula 182 do STJ, segundo a qual: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”. Também nas antigas Súmulas 287 (“Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia”) e 284 (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”), ambas do Supremo Tribunal Federal. Embora os enunciados (e os precedentes) dessas Súmulas digam respeito a específicas modalidades recursais, é correto e desejável sua ampliação para albergar quaisquer recursos.

Importa, a este respeito, destacar que o recurso deve evidenciar que a decisão precisa ser anulada ou reformada, e não que o recorrente tem razão. É inepto o recurso que se limita a reiterar as razões anteriormente expostas e que, com o proferimento da decisão, foram rejeitadas. A tônica do recurso é remover o obstáculo criado pela decisão e não reavivar razões já repelidas.

O recurso tem de combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica, naquilo que ela lhe nega pedido ou posição de vantagem processual, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista *procedimental* (*error in procedendo*) ou do ponto de vista do próprio julgamento (*error in iudicando*). Não atende ao princípio aqui examinado o recurso que se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta. Na perspectiva

recursal, é a decisão que deve ser confrontada, motivo pelo qual, com o devido respeito, este *Curso* não pode concordar com o entendimento de que a necessidade de apresentação de *novos* fundamentos para infirmar a decisão recorrida representa descabido rigor formal (assim, v.g.: STJ, 1ª Turma, REsp 976.287/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 8.9.2009, DJe 8.10.2009, STJ, 1ª Turma, REsp 989.631/SP, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 19.2.2009, DJe 26.3.2009; e STJ, 2ª Turma, REsp 707.776/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 6.11.2008, DJe 1.12.2008).

## 9. IRRECORRIBILIDADE EM SEPARADO DAS INTERLOCUTÓRIAS

Princípio usualmente lembrado acerca do sistema processual civil brasileiro é o da “irrecorribilidade em separado das interlocutórias”, que guarda relação, em suas raízes, com os princípios da “oralidade”, da “concentração dos atos processuais” e da “imediaticidade”, na busca de um processo mais célere, vedando, para o atingimento daquela finalidade, a interposição de recursos das decisões interlocutórias.

Consoante o exposto pelos ns. 3 e 8 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1, contudo, não há razão para aceitar um tal princípio como regente da matéria sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, mesmo antes das profundas modificações pelas quais ele passou com os sucessivos movimentos da “Reforma”, em especial no que diz respeito aos recursos interponíveis das interlocutórias, desde a Lei n. 9.139/1995. Para o sistema atual, de toda interlocutória cabe recurso de agravo, ainda que sejam várias as suas modalidades e respectivos regimes jurídicos (v. n. 5, *supra*).

O que é possível construir a partir do princípio ora anunciado, rente à realidade normativa brasileira – e é neste sentido que se posiciona a nossa doutrina que a ele se refere –, é que a interposição de agravo das interlocutórias não suspende o andamento do processo no sentido de não interferir necessariamente em qualquer caso em sua marcha. Os agravos não têm, isto é certo, efeito suspensivo *ope legis*, mas, apenas, *ope judicis* (v. n. 3 do Capítulo 4). É esta a razão pela qual o n. 8 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 optou por denominar o princípio aqui discutido “princípio da recorribilidade sem efeito suspensivo das interlocutórias”.

## 10. CONSUMAÇÃO

O princípio da consumação relaciona-se, no plano recursal, com a noção de “preclusão *consumativa*”, exposta pelo n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1.

A parte ou o terceiro deve, no prazo do respectivo recurso (v. n. 2.5 do Capítulo 3), manifestar o seu inconformismo (v. n. 7, *supra*) e apresentar, desde logo, as respectivas razões (v. n. 8, *supra*). Se, por qualquer motivo, deixar de apresentar suas razões recursais, não poderá fazê-lo depois porque a interposição do recurso, isto é, a mera manifestação de inconformismo com a decisão, tal qual proferida, é suficiente para *consumar* o prazo recursal. É indiferente, por isto mesmo, que a parte ou terceiro se tenham valido, para manifestar o seu inconformismo, de um prazo *menor* que aquele reservado pela lei. Assim, se o réu interpõe, em dez dias, apelação da sentença que acolheu integralmente o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor, não poderá apresentar razões nem complementar as já apresentadas no décimo quinto dia. O seu prazo para o recurso, vale repetir, esgotou-se no décimo dia.

Também não é lícito à parte ou ao terceiro desistir do recurso tal qual interposto e apresentar outro em eventual prazo que lhe sobeja ou valendo-se da faculdade que lhe é reconhecida pelo art. 500, recorrendo *adesivamente*. As duas posturas são interditadas pelo princípio aqui examinado, não tendo sobrevivido, ao sistema atual, o art. 809 do Código de Processo Civil de 1939, que permitia à parte “variar de recurso dentro do prazo legal”. Em uma e em outra há *consumação* do prazo recursal, com a apresentação do “primeiro recurso”. Não há, assim, qualquer sobra de “prazo legal” a ser aproveitada por aquele a quem a decisão causa algum prejuízo.

Ademais, a desistência do recurso deve ser entendida como óbice ao cabimento de *outro* recurso (mesmo que qualitativamente diverso) em virtude do que dispõe o art. 501. Trata-se, como demonstra o n. 2.8 do Capítulo 3, de um verdadeiro pressuposto de admissibilidade *negativo* dos recursos.

## 11. COMPLEMENTARIDADE

O princípio da complementaridade explica-se quase que como uma consequência do princípio da consumação exposto pelo número anterior.

Ele permite que, naqueles casos em que, a despeito da apresentação do recurso, isto é, em que se tenha *consumado* o prazo recursal, tenha havido alteração da decisão recorrida, que as razões já apresentadas sejam *complementadas*, verdadeiramente aditadas, para adequá-las à nova decisão.

É o que se verifica, por exemplo, se o réu da situação suposta acima constata que o autor havia apresentado embargos de declaração da mesma sentença e que, acolhidos, eles resultaram em condenação de honorários advocatícios em seu desfavor, o que não constava originalmente da sentença. Aliás, justamente por este motivo, qual seja, a *omissão* quanto à responsabilização dos honorários de advogado, é que o autor, vencedor da demanda, houve por bem fazer uso daquele recurso. Em tais casos, mercê do princípio aqui examinado, é legítimo que o réu, em quinze dias contados da intimação da sentença que acolhe os declaratórios, complementando a anterior, adite, querendo, as razões de apelação manifestando seu inconformismo no que diz respeito à verba honorária.

## 12. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS

A noção de *reformatio in pejus* ou, no vernáculo, “reforma para pior”, reside na descrição da situação jurídica de uma das partes ser piorada pelo julgamento de um recurso mesmo sem pedido do recorrente. O agravamento da situação, destarte, deriva da atuação oficiosa do órgão *ad quem*, e não na resposta dada ao pedido respectivo formulado pelo recorrente.

A *reformatio in pejus*, portanto, vincula-se intimamente ao “efeito devolutivo” dos recursos e, conseqüentemente, de forma mais ampla, ao “princípio *dispositivo*”.

O sistema processual civil brasileiro, por isto mesmo, nega a possibilidade da *reformatio in pejus*. Sem pedido do recorrente (parte ou terceiro, consoante o caso), o julgamento do recurso não pode ser modificado para prejudicar o recorrido. Se não há pedido para o agravamento de sua situação, é necessário entender que houve, em idêntica medida, *aquiescência* com a decisão e, por isto, fica afastada a possibilidade de atuação oficiosa do órgão *ad quem*.

O princípio que veda a *reformatio in pejus* é implícito no ordenamento jurídico nacional, derivando do próprio papel que é exercido pelo “efeito *devolutivo*” no âmbito dos recursos. Como é vedado que o órgão julgador do recurso deixe de observar os limites de sua atuação, impostos pelo âmbito de devolutividade recursal, ele não pode, sem pedido do recorrente, piorar a situação criada pela decisão ao recorrido.

Não subsiste, entre nós, regra que havia nas Ordenações Filipinas, admitida subsidiariamente pelo Regulamento n. 737/1850 e por alguns Códigos Estaduais, e de discutível subsistência no Código anterior, a qual estabelecia o que é chamado de “benefício (ou apelação) comum” e que, de acordo com a doutrina (assim, por exemplo, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, vol. III, p. 189), legitimava a *reformatio in pejus* ao reconhecer suficiente o recurso (a *apelação*, para ser mais exato) de apenas uma das partes para viabilizar ampla análise da decisão recorrida e, se for o caso, a piora da situação do próprio recorrente ou a melhora da parte que não recorreu.

O que pode ocorrer sem violação ao princípio aqui discutido e com observância ao sistema processual civil é que, nos casos em que incide o “efeito *translativo*” do recurso, manifestação do mais amplo “princípio inquisitório” (v. n. 7 do Capítulo 4), o órgão *ad quem* profira decisão mais gravosa ao recorrente e a despeito da ausência de recurso do recorrido quando a hipótese admitir a sua atuação oficiosa. Assim, por exemplo, não há *reformatio in pejus* no sentido repudiado pelo sistema processual civil brasileiro, na hipótese de o órgão *ad quem* anular sentença por reputar uma das partes ilegítima, a despeito de somente o autor ter se voltado da sentença que acolhera integralmente o seu pedido mas fixara ínfimos honorários advocatícios. A atuação do Tribunal é correta por força do que lhe autoriza o § 3º do art. 267.

É esta a razão pela qual é correta a lição de Nelson Nery Jr. (*Teoria geral dos recursos*, p. 190-191), ao criticar a Súmula 45 do STJ por emprestar ao reexame necessário típica manifestação do “princípio *inquisitório*”, característica ínsita ao “princípio *dispositivo*”, manifestado no efeito *devolutivo* dos recursos, ao vedar agravamento dos honorários de advogado contra a Fazenda Pública sem pedido expresso, em recurso apresentado pelo interessado.

# CAPÍTULO 3

## Juízo de admissibilidade e juízo de mérito

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com relação aos recursos, a exemplo do que se dá quando se trata da “ação” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) e do “processo” (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), é possível identificar momentos cronológicos e lógicos diversos para que o Estado-juiz ateste a existência ou não do direito afirmado. Aqui, não se trata de ter, ou não, direito à prestação da tutela jurisdicional, mas, diferentemente, de ter, ou não, direito ao próprio recurso, isto é, direito à revisão das decisões jurisdicionais, e, tendo-o, verificar em que medida a decisão recorrida deve, ou não, prevalecer. A estes dois instantes diversos de atuação judicial a doutrina dá, respectivamente, o nome de “juízo de admissibilidade recursal” e “juízo de mérito recursal”, em nítido paralelo à reunião do exame das condições da ação e dos pressupostos processuais (“pressupostos de julgamento de mérito”; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) em contraposição ao “mérito”, isto é, ao pedido de tutela jurisdicional feito pelo autor, quando rompe a inércia da jurisdição (v. n. 3 do Capítulo 2 e n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

Somente se preenchidos os pressupostos atinentes ao “juízo de *admissibilidade*” – reconhecendo-se, conseqüentemente, que o recorrente tem o *direito* de recorrer e que o *exerceu* devidamente – é que será possível passar ao “juízo de *mérito*”, voltado a saber se o recorrente tem, ou não, razão, isto é, se a decisão impugnada deve ou não prevalecer e em que medida.

A questão é tanto mais importante quando se reconhece, como o faz este *Curso*, que os recursos são indicativos seguros dos *desdobramentos* do direito de ação e do direito de defesa pelo autor, pelo réu e, se for o caso, pelos terceiros intervenientes, ao longo do processo, de seu efetivo

*exercício* durante todo o processo, portanto. Todo e qualquer ato praticado pelas partes e pelos terceiros no processo pressupõe a reunião de diversas condições e diversos pressupostos cujo exame consubstancia o juízo de *admissibilidade* recursal com o qual se ocupa este Capítulo.

O objeto do juízo de *admissibilidade* reside no exame das condições e dos pressupostos necessários para que se possa apreciar o *mérito* do recurso, viabilizando, assim, que ele seja acolhido (*provido*) ou rejeitado (*improvido*). Não é porque se entende *cabível* um recurso que ele será *provido*. O juízo de admissibilidade não interfere no juízo de mérito, embora a superação daquele seja indispensável para o enfrentamento deste. O paralelismo com as condições da ação, os pressupostos processuais e o julgamento do “mérito” da demanda, isto é, conceder ou não tutela jurisdicional, vale a ênfase, é irrecusável.

No juízo de *admissibilidade*, reconhece-se a presença do direito de recorrer, se estão, ou não, presentes as exigências impostas pelo sistema processual civil para que o Estado-juíz possa examinar o inconformismo do recorrente. É o que, no contexto da admissibilidade da petição inicial (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I), este *Curso* denominou “juízo *positivo* de admissibilidade”, em contraposição ao “juízo *negativo* de admissibilidade”, dando ensejo ao “conhecimento” e ao “não conhecimento” do recurso, respectivamente. No juízo de *mérito*, por seu turno, verifica-se se o recorrente tem razão, se o seu inconformismo deve ou não ser acolhido, e, por isto, em que medida a decisão recorrida deve ser *anulada* ou *reformada*, consoante o caso (v. n. 3, *infra*). “Dar provimento ao recurso” é a expressão usualmente empregada para descrever que o recurso foi acolhido pelo órgão julgador, enquanto “negar provimento ao recurso” indica a hipótese oposta de manutenção da decisão recorrida.

Por causa da função desempenhada pelo juízo de admissibilidade recursal, a larga maioria da doutrina, à qual adere este *Curso*, entende que a decisão que o profere tem natureza eminentemente *declaratória*. Ela reconhece estarem presentes (“juízo *positivo* de admissibilidade”: conhecimento do recurso) ou ausentes (“juízo *negativo* de admissibilidade”: não conhecimento do recurso) as exigências impostas pelo sistema processual civil quanto à *existência* do direito de recorrer e ao modo de seu *exercício* (v. n. 2, *infra*) desde o momento em que o recurso é interposto até

seu proferimento, que habilita o órgão *ad quem* ao enfrentamento do *mérito* recursal.

Afirmada a natureza *declaratória* desse juízo, a tendência é entendê-lo *retroativo*, isto é, apto a produzir efeitos *ex tunc* porque o reconhecimento de seus pressupostos são, na perspectiva de quem conhece para julgar o recurso, fatos pretéritos. Para este *Curso* importa discernir duas hipóteses diversas, trazendo à tona a distinção entre os planos *material* e *processual* (v. n. 1 do Capítulo 1 e n. 2.1 do Capítulo 2, ambos da Parte I do vol. 1).

Na perspectiva do plano *material*, isto é, extraprocessual, a retroação da decisão relativa ao juízo de admissibilidade recursal é plena, assim como o é qualquer outro reconhecimento jurisdicional de uma situação material preexistente, não acarretando nenhum problema interpretativo digno de nota nessa sede. Para fins de responsabilização daquele que, a despeito de ter recorrido, não poderia tê-lo feito, é importante entender que, desde o instante em que interpôs o recurso, ou em outro momento posterior mas antes de ele ser julgado – que é o que se dá, por exemplo, nas situações estudadas pelo n. 2.8, *infra* –, não havia ou deixou de haver o mínimo exigido pelo sistema processual civil que o autorizasse à prática daquele ato processual.

Do ponto de vista do plano *processual*, contudo, a melhor solução é recusar ao juízo de admissibilidade recursal caráter retroativo. Por imperativo de segurança jurídica, é mister entendê-lo *não retroativo*, surtindo efeitos a partir de seu proferimento – efeitos *ex nunc*, portanto –, sob pena de serem criadas situações que, se não são insolúveis, são aptas a gerar situações jurídicas indesejáveis para as partes, eventuais terceiros e, superiormente, à própria função jurisdicional, contrariando, assim, o princípio insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Só assim o chamado “efeito *obstativo*” dos recursos (v. n. 2 do Capítulo 4) terá aptidão de desempenhar sua escoreita função processual.

Até porque, rente às considerações apresentadas desde o n. 3 do Capítulo 2 e o n. 3 do Capítulo 3, ambos da Parte III do vol. 1, as “condições da ação” e os “pressupostos processuais” – amalgamados para os fins presentes sob o rótulo de “juízo de admissibilidade recursal” pelas razões já apresentadas e que são analisadas pelo n. 2, *infra* – não são categorias *estáticas* mas eminentemente *dinâmicas*. Não é suficiente que elas se façam

presentes em um específico momento processual porque sua presença é imperativa ao longo de todo o processo, inclusive, como aqui interessa, na fase recursal. O juízo de admissibilidade recursal reconhece ou deixa de reconhecer, a um só tempo, a *existência* das imposições legais para conhecimento do recurso no momento em que ele é interposto, mas também reconhece a sua *subsistência* no momento em que ele se apresenta para julgamento. É importante, por isso mesmo, reconhecer que seus efeitos não retroagem e não podem retroagir do ponto de vista *processual*. Eles são contemporâneos ao momento processual em que o órgão julgador reconhece presentes ou ausentes as condições e os pressupostos exigidos para o *conhecimento* do recurso.

A questão, que pode parecer meramente teórica, é das mais práticas e tormentosas porque, ao entender retroativa a decisão relativa ao não conhecimento de um recurso, seu significado é o de que a preclusão ou o trânsito em julgado da decisão recorrida operou no passado e, com isso, rigorosamente, não há mais prazo para apresentação de outros recursos ou, até mesmo, da “ação rescisória” da qual trata o Capítulo 1 da Parte I.

Assim, para o plano do direito processual civil, é dizer, no que respeita aos possíveis comportamentos processuais que as partes e eventuais terceiros podem adotar diante do proferimento do juízo negativo de admissibilidade recursal, importa frisar que seus efeitos não retroagem.

A solução aqui proposta não diferencia a razão pela qual entende-se que o recurso não deve ser *conhecido*. É indiferente que ele tenha sido apresentado por quem não detém legitimidade para tanto (v. n. 2.2, *infra*), a destempo (v. n. 2.5, *infra*), se não foi preparado (v. n. 2.7, *infra*) ou se anteriormente houvera sido interposto recurso não cabível (v. n. 2.1, *infra*; STJ, 3ª Seção, EDcl nos EREsp 1.021.634/SP, rel. p./acórdão Min. Gilson Dipp, j.m.v. 8.8.2012, DJe 4.9.2012), apenas para mencionar quatro das várias situações possíveis, estudadas por este Capítulo. Processualmente, a decisão que não conhece do recurso por quaisquer dos fundamentos que fazem parte de seu “juízo de admissibilidade”, não deve, processualmente, surtir efeitos para o passado, apenas para o presente e para o futuro.

Se, por qualquer razão, o recorrente abusou de seu direito, recorrendo de má-fé ou adotando comportamentos similares igualmente repelidos pelo ordenamento, a hipótese deve conduzir o magistrado à aplicação das sanções

previstas no sistema processual civil (v., genericamente, o art. 17, VII, e, especificamente, o parágrafo único do art. 538 e o § 2º do art. 557, com as observações do n. 5 do Capítulo 8 e do n. 5.1 do Capítulo 7, respectivamente). O manifesto propósito protelatório do recorrente pode, até mesmo, legitimar a *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273, II; v. n. 2.5 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4), fenômeno que repercute, inequivocamente, no plano *material* e, para ele, é importante admitir a *retroatividade* do juízo de admissibilidade *negativo*, como destacado.

Não é correto, todavia, que o magistrado sancione o recorrente com o não conhecimento do seu recurso de forma retroativa, vedando, em última análise, que ele questione o acerto ou o desacerto da decisão relativa ao não conhecimento do recurso ou, mais amplamente, a decisão recorrida no *mesmo* ou em *outro* processo, hipótese para a qual se volta o n. 13.2 do Capítulo 1 da Parte I. O critério, *objetivo*, é o único que se afina ao princípio maior da segurança jurídica. Nesse sentido, não há como emprestar adesão ao entendimento a que chegou a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no AI 587.285/RJ, j.un. 7.6.2011, DJe 3.10.2011, no sentido de determinar a baixa dos autos à instância inferior após a rejeição de terceiros embargos declaratórios tidos como protelatórios independentemente da lavratura do acórdão respectivo, com a intenção, declarada, de evitar novos recursos.

O órgão jurisdicional competente para o exercício do juízo de admissibilidade varia de acordo com a espécie recursal. Independentemente de sua identificação, tarefa que ocupa os Capítulos 6 a 12, contudo, ele é exercido sucessivamente pelo órgão de interposição do recurso (“órgão *a quo*”) e também pelo órgão que julgará o recurso (“órgão *ad quem*”), sendo certo que a deliberação feita pelo órgão de interposição não vincula o órgão de julgamento.

A distinção entre o “juízo de *admissibilidade*” e o “juízo de *mérito*” dos recursos é questão que tem aplicações práticas importantes.

Quando o mérito do recurso for apreciado, a decisão a ser proferida pelo órgão *ad quem*, qualquer que seja o seu conteúdo, *substituirá* a decisão recorrida e, conseqüentemente, será sua a competência para julgamento de eventual “ação rescisória” quando presentes os seus respectivos pressupostos (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte I). O prévio *conhecimento* do

“recurso *principal*”, outrossim, é pressuposto para a admissão do “recurso *adesivo*”, nos termos do inciso III do art. 500 (v. n. 4.4 do Capítulo 1).

Havendo interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão, em casos de sucumbência recíproca, por exemplo, cada um dos recursos deve preencher as exigências relativas à sua própria admissibilidade para ser *conhecido*. Neste sentido, fazendo referência à autonomia de cada um dos recursos: STJ, 1ª Turma, REsp 1.003.179/RO, rel. Min. Teori Albino Zavaschi, j. un. 5.8.2008, DJe 18.8.2008.

## 2. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Não há unanimidade, entre os autores, sobre a *classificação* dos pressupostos atinentes ao juízo de admissibilidade recursal.

Há aqueles, como José Carlos Barbosa Moreira, que propõem que o conteúdo do juízo de admissibilidade seja classificado em dois grupos, correspondentes aos “requisitos *intrínsecos*” (concernentes à *existência* do direito de recorrer) e aos “requisitos *extrínsecos*” (concernentes ao modo de *exercício* do direito de recorrer). “Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo (v.g., os previstos no art. 881, *caput, fine*) ou extintivo (v.g., os contemplados nos arts. 502 e 503) do poder de recorrer. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 263).

Nelson Nery Jr., embora aderindo à classificação proposta por Barbosa Moreira, prefere levar em consideração “a decisão judicial, que é objeto do recurso, para nominar os pressupostos de *intrínsecos* e *extrínsecos*” (*Teoria geral dos recursos*, p. 273, nota 176). Assim é que “os pressupostos *intrínsecos* são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada. Para serem aferidos, leva-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada. De tal modo que, para proferir-se o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado. São eles o cabimento, a legitimação para recorrer e o interesse em recorrer” (op. cit., p. 273-274). “Os pressupostos *extrínsecos* respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas

sim fatos a ela supervenientes. Deles fazem parte a *tempestividade*, a *regularidade formal*, a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo*” (op. cit., p. 274).

Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º volume, p. 85-93), de seu turno, vale-se de critério totalmente diverso, que leva em consideração o recurso considerado em si mesmo ou a pessoa do recorrente. Ele distingue os pressupostos de admissibilidade recursal em *objetivos* (recorribilidade do ato decisório, tempestividade, singularidade do recurso, adequação do recurso e preparo do recurso, e, com variações dignas de destaque a depender de cada recurso, a motivação e a regularidade procedimental) e em *subjetivos* (legitimidade, renúncia e aquiescência).

Adotando a mesma postura que este *Curso* elegeu especificamente para os pressupostos processuais (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), mais do que buscar a mais “correta” ou “adequada” classificação – se é que isto é possível –, importa o exame dos pressupostos em si mesmos considerados, até porque eles são dados de direito positivo, verdadeiramente impostos pelo sistema processual civil, e não há como fugir deles. É para esta finalidade que se voltam os números seguintes.

Antes, uma ressalva importante. Considerando o teor do art. 518, *caput*, e sua aptidão para ser compreendido como regra relativa à teoria geral dos recursos, a despeito de estar localizado no Capítulo dedicado ao recurso de apelação (v. n. 1 do Capítulo 1), também integra o juízo de admissibilidade dos recursos a declaração dos *efeitos* em que é recebido. É a segura lição de Nelson Nery Jr.: “Essa decisão sobre os efeitos em que é recebido o recurso integra o juízo de admissibilidade dos recursos. Portanto, na ocasião em que o juiz proferir a decisão de recebimento ou indeferimento do processamento do recurso, deve também pronunciar-se, *ex officio*, sobre os efeitos em que o está recebendo. O juízo positivo de admissibilidade, isto é, a decisão que recebe o recurso no primeiro grau, é, hoje, *revogável*. Portanto, havendo o juiz *a quo* se equivocado quanto aos efeitos em que recebeu o recurso, pode reformar a decisão, no particular, de ofício ou por petição simples da parte, desnecessária a interposição de recurso para tanto (*Teoria geral dos recursos*, p. 457). Dadas as peculiaridades do assunto e a circunstância de os efeitos não interferirem no *conhecimento do recurso*, contudo, o tema é tratado em separado pelo Capítulo 4.

## 2.1. Cabimento do recurso

Assumindo, para fins de exposição, o paralelismo entre o “juízo de admissibilidade” recursal e as “condições da ação”, o “cabimento do recurso” corresponde à “possibilidade jurídica do pedido”.

O recurso, para ser admitido, deve ser previsto em lei e, mais do que isto, tem de ser, pelo menos em tese, o recurso adequado para contratar a específica decisão que causa gravame ao recorrente. Trata-se de reflexo do que os ns. 3 e 5 do Capítulo 2 denominaram “princípio da *taxatividade*” e “princípio da *correlação*”, respectivamente.

Para os fins presentes, é suficiente enfatizar que, a despeito da proposta original do Código de Processo Civil, nem sempre é tão clara a identificação da natureza jurídica de um dado ato processual praticado pelo juiz – é só dos atos judiciais que se pode recorrer – e, conseqüentemente, verificar qual é o recurso que é reservado para seu contraste perante o órgão *ad quem*. A falta de clareza é tanto maior diante da redação que a Lei n. 11.232/2005 deu ao art. 162, § 1º, passando a definir a sentença (apenas) pelo seu *conteúdo* e não (também) pela sua finalidade.

De qualquer sorte, sem necessidade de retomar aquela discussão, importa destacar que das sentenças, independentemente de seu conteúdo, o recurso cabível é a apelação (art. 513; v. Capítulo 6).

Se se tratar de sentença proferida nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, cabe “recurso ordinário” ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, “c”, da Constituição Federal e art. 539, II, “b”, do Código de Processo Civil; v. Capítulo 10).

Todas as decisões interlocutórias são contrastáveis pelo recurso de agravo. Tal recurso, contudo, admite quatro modalidades com peculiaridades procedimentais dignas de destaque, e que devem ser observadas para a constatação de qual modalidade deverá ser empregada em cada caso. Sem prejuízo das problematizações trazidas pelo Capítulo 7, a regra é a de que a interlocutória proferida no âmbito da primeira instância seja contrastada pelo recurso de agravo retido, a não ser que haja urgência no seu reexame ou, ainda, quando a interlocutória disser respeito ao indeferimento de apelação ou aos efeitos em que ela for recebida, quando ele deverá ser processado “por instrumento” (art. 522, *caput*). Das interlocutórias

proferidas no âmbito dos Tribunais, a modalidade apropriada é o agravo “interno” (art. 557, § 1º; v. n. 5 do Capítulo 7), a não ser que se trate de decisão que indefere o processamento, isto é, o seguimento, de recurso especial e/ou recurso extraordinário, quando a hipótese é de agravo, que, apesar da identidade de nome, tem disciplina própria, dada pelos arts. 544 e 545.

Os acórdãos, por sua vez, comportam maior gama de recursos, a depender de algumas variantes.

Se se tratar de acórdão proferido em grau de apelação que reforma sentença de mérito ou que julga procedente a chamada “ação rescisória”, seu contraste deve ser feito pelo recurso de embargos infringentes (art. 535; Capítulo 9).

Quando o acórdão proferido em mandado de segurança, *habeas data* e mandados de injunção for denegatório, dele cabe “recurso ordinário” para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso (art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “b”, da Constituição Federal e art. 539 do Código de Processo Civil; Capítulo 10).

Acórdãos que contrariam dispositivos da Constituição Federal ou da legislação federal infraconstitucional estão sujeitos ao recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição Federal) e/ou ao recurso especial (art. 105, III, da Constituição Federal), objeto de exame do Capítulo 11.

Os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, podem ser contrastados pelo recurso de “embargos de divergência” quando houver disparidade de entendimentos dentro de cada um daqueles Tribunais (art. 546; Capítulo 12).

Por fim, os embargos de declaração são cabíveis das decisões interlocutórias, das sentenças e dos acórdãos, desde que presentes os pressupostos do art. 535 (v. n. 2 do Capítulo 8).

## **2.2. Legitimidade para recorrer**

A “legitimidade para recorrer” corresponde à legitimidade das partes (v. n. 3.1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). É o reflexo daquela condição da

ação no seu exercício, ao longo do processo, inaugurando uma nova fase, dedicada aos recursos.

De acordo com o *caput* do art. 499, têm legitimidade para recorrer a “parte vencida”, o “terceiro prejudicado” e o Ministério Público.

## 2.2.1. Partes

Não há muito que falar, nesta sede, sobre a legitimidade da “parte vencida”, a não ser evidenciar que a lei, corretamente, faz uso do adjetivo para denotar que não basta ser “parte” para recorrer. É necessário, também, que haja *prejuízo* ocasionado pela decisão e que o recurso tenha aptidão para removê-lo. Para fins recursais, também é insuficiente a mera legitimação para a prática do ato. Faz-se indispensável que o legitimado pretenda alguma melhora na sua própria posição jurídica. É o que o n. 2.3, *infra*, trata como “interesse em recorrer”, sendo certo que, a depender da situação concreta, há uma inegável sobreposição entre *legitimidade* e *interesse* recursal, como faz prova, por exemplo, a Súmula 318 do STJ: “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida” (v. n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

## 2.2.2. Terceiro

O “terceiro prejudicado”, ao qual se refere o art. 499, é o terceiro que ainda não interveio no processo. Se já o tiver feito, sua legitimidade para recorrer deriva da sua anterior intervenção, mesmo quando ele conserva a condição de terceiro, como se dá no caso do “assistente simples” ou do “assistente litisconsorcial” (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I), e não do dispositivo aqui examinado. A hipótese é, por isto mesmo, de modalidade de intervenção de terceiros, diferente daquelas estudadas pela Parte VII do vol. 2, tomo I, em que o terceiro intervém *depois* do proferimento de decisão que lhe é desfavorável, e não, como naqueles casos, *antes* e com vistas ao proferimento de decisão que lhe seja, direta ou indiretamente, benéfica.

De acordo com o § 1º do art. 499, o terceiro deverá demonstrar o “nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”; em outras palavras, o terceiro precisará

comprovar em que medida direito *seu* foi direta ou indiretamente afetado por decisão proferida em processo do qual não é parte.

Este “direito” do terceiro (que, em substância, não difere daquele que autoriza a intervenção do assistente *simples* ou *litisconsorcial*, embora a ele não se restrinja, dependendo do exame de cada caso concreto para ser devidamente aferido), que direta ou indiretamente foi prejudicado pela decisão recorrida, enseja o *interesse* de agir que motiva a interposição de quaisquer recursos (v. n. 2.3, *infra*). O que deve ser destacado é que o terceiro que intervém no processo com fundamento no § 1º do art. 499 busca *afastar* a decisão que, já proferida, contrariou posição jurídica sua, enquanto os terceiros que já intervieram no processo *antes* do proferimento de qualquer decisão ou, até mesmo, independentemente delas, buscam que as decisões a serem proferidas sejam-lhes favoráveis direta ou indiretamente. Neste sentido, é correto acentuar, para os fins do dispositivo aqui examinado, que a verificação do *interesse* do terceiro recorrente, do qual exsurgirá o reconhecimento de sua legitimidade, é *retrospectiva*, e não, como nos demais casos, *prospectiva*. O terceiro intervém com a apresentação de recurso seu porque quer remover gravame que já se concretizou em detrimento de posição jurídica sua.

O terceiro, contudo, não tem legitimidade para recorrer “adesivamente”, entendimento que predomina em sede de doutrina. Não só pela letra do *caput* do art. 500, mas também como decorrência do § 1º do art. 499, a hipótese deve ser afastada. Antes da intervenção do terceiro no processo, é inviável verificar qual a sua pretensão e, conseqüentemente, verificar de que maneira ela foi ou não acolhida e, conseqüentemente, não há condições de ser aferida a ocorrência, ou não, de “sucumbência recíproca”, pressuposto inarredável do “recurso adesivo” nos casos em que o sistema processual civil o admite (v. n. 4.4 do Capítulo 1).

O *amicus curiae* deve ser entendido como terceiro para os fins do § 2º do art. 499, devendo ser reconhecida sua legitimidade mesmo quando não tenha intervindo *antes* do proferimento da decisão. Deverá demonstrar, no particular, em que medida a decisão prejudica seus “interesses *institucionais*”, que, em última análise, é o elemento caracterizador desta modalidade interventiva, como propõe o n. 1 do Capítulo 8 da Parte VII do

vol. 2, tomo I. Na ADI 3.396/DF, a questão sobre a legitimidade recursal do *amicus curiae* está em discussão.

Ressalvadas estas questões, o recurso de terceiro prejudicado não apresenta nenhuma outra peculiaridade. Até o prazo para sua interposição é o mesmo reservado para as partes, já que não foi repetido, no Código de 1973, o previsto no § 1º do art. 815 do Código de Processo Civil de 1939, que trazia prazo diferenciado para o terceiro com residência ou domicílio fora dos limites territoriais do juízo da causa.

### 2.2.3. Ministério Público

A legitimidade para recorrer do Ministério Público verifica-se quando atua como *parte* ou como *custos legis*, expresso, no particular, o § 2º do art. 499. Nesta última hipótese, dá-se a legitimidade para o Ministério Público mesmo quando as partes não tenham apresentado recurso (Súmula 99 do STJ).

E mais: a depender da relevância do direito material questionado, que justifica a intervenção daquele órgão, a legitimidade do Ministério Público para recorrer independentemente da circunstância de a parte estar, ou não, assistida por advogado ou defensor público. A atuação do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei é verdadeiramente *complementar* à atuação das partes e, assim, ela deve ser compreendida amplamente. Neste sentido, a Súmula 226 do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado”.

Se o caso não reclama a intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, assim, por exemplo, quando o alimentando (isto é, aquele que demanda alimentos em juízo) alcança, durante o processo, a maioria, não há como reconhecer legitimidade recursal àquele órgão. Neste sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 982.410/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 6.12.2007, DJ 17.12.2007, p. 217, e STJ, 4ª Turma, REsp 712.175/DF, j.m.v. 18.10.2005, DJ 8.5.2006, p. 222.

### 2.3. Interesse em recorrer

O “interesse em recorrer”, a exemplo do “interesse de agir”, repousa na reunião do binômio “utilidade”/“necessidade”. A *utilidade* é apurada pelo

gravame – também designado pela doutrina como “prejuízo” ou “sucumbência” – experimentado pela parte ou pelo terceiro com o proferimento da decisão. A *necessidade*, por sua vez, justifica-se porque só com a interposição do recurso a remoção do gravame será alcançada.

O interesse recursal precisa ser analisado a partir de uma visão *retrospectiva* (a sua posição processual *antes* do proferimento da decisão) e *prospectiva* (a posição processual que poderá alcançar com a modificação da decisão que lhe causa algum gravame). É da vantagem processual resultante da comparação destes dois momentos processuais que decorre o interesse recursal.

Há interessantes questões sobre o interesse de agir no que diz respeito aos casos de “cumulação de pedidos” (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I).

Toda vez que o pedido formulado pelo *autor* for alternativo (v. ns. 7.2 e 7.4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I), o acolhimento de *qualquer um deles* significará a satisfação de sua pretensão. Assim, não há, para ele, interesse em recorrer. Se, por exemplo, RCM pede em juízo que JCBM seja condenado em “A” *ou* em “B”, sem que manifeste preferência quanto a um ou outro comportamento – e nem poderia fazê-lo, pois ambas as prestações correspondem ao adimplemento da obrigação assumida no plano material –, qualquer dos dois bens da vida que seja reconhecido a RCM satisfaz a sua pretensão e, por isto mesmo, inviabiliza inconformismo seu com a sentença. Não há como conceber, nesses casos, com efeito, alguma *utilidade prática* em recurso a ser interposto por RCM, já que ele se *conformou*, ao formular o pedido, com o bem da vida “A” *ou* “B”, mera tradução, para o plano do processo, de uma realidade material. Assim, outorgando a sentença a RCM o bem “A” *ou* “B”, não há *gravame* para RCM, que, conseqüentemente, não tem *interesse* em dela recorrer. Nesses casos, a concessão de um dos pedidos exclui e impossibilita a tutela dos demais pedidos.

Diferentemente, nos casos de cumulação *eventual* ou *subsidiária* (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I), a doutrina, praticamente uniforme, não hesita em afirmar que há *interesse recursal* para o autor quando não for acolhido o “primeiro pedido”, o “pedido principal”. Aqui, diferentemente do que ocorre com relação à cumulação *alternativa* de pedidos, o *interesse em recorrer* do autor, isto é, a *utilidade* a ser por ele

perseguida em juízo, subsiste mesmo quando a sentença acolhe o pedido *secundário* (ou o que é mesmo: *subsidiário* ou *eventual*), na exata medida em que ele pode, mercê da interposição do recurso, atingir situação jurídica mais confortável (mais útil) que aquela objeto de consideração e concessão judicial. Tanto assim – e aqui reside importante diferença com o regime da cumulação alternativa – que o autor, quando da formulação da petição inicial, faz clara sua opção entre os pedidos, alocando-os em nítida ordem de preferência. O *interesse em recorrer* manifesta-se, pois, na exata proporção em que o autor, ao pedir, evidenciou *preferência* por determinado bem da vida em detrimento de outro. Mesmo que a sentença tenha dado ao autor algo que ele pediu (pedido *secundário*), é possível imaginar que o autor consiga, mercê da interposição de seu recurso, o atingimento de situação jurídica mais confortável, que representa o acolhimento do bem a que, na inicial, manifestou *preferência* (pedido “principal”).

Dessa sentença, que acolhe o pedido secundário, não só o autor mas também o réu tem interesse em recorrer. Cada um dos litigantes, à sua proporção, sucumbiram em suas pretensões.

Interessante questão que se coloca para o art. 289 prevê situação um pouco diferente. A sentença acolhe o “primeiro” pedido formulado pelo autor. O réu apela, silente o autor, que, *nesta situação*, não tem interesse em recorrer. Pode o Tribunal de apelação, afastando o “primeiro pedido”, acolher, de imediato, o “segundo”? A resposta parece ser positiva desde que presentes os pressupostos do art. 515, § 3º, vale dizer, se o contexto fático e jurídico relativo a este segundo pedido já estiver suficientemente debatido pelas partes e não tiver sido apreciado pela sentença unicamente pela circunstância do acolhimento do primeiro pedido (v. n. 8.1 do Capítulo 4). Ademais, como houve inconformismo do réu com a sentença (tanto que dela apelou), não há como admitir que a hipótese significaria *reformatio in pejus* para o autor.

Entende-se, ainda, que se o juiz, ao sentenciar, verificar que tem condições de conceder *integralmente* o pedido subsidiário, mas rejeita, parcialmente, o “principal”, deve o magistrado, declarando por que o faz, analisar e conceder, integralmente, o pedido “secundário”, permitindo ao autor, se assim entender necessário, apelar da sentença em busca do acolhimento *integral* do pedido “principal”.

## 2.4. A chamada “súmula impeditiva de recursos”

Durante todo o processo de gestação do que veio a ser promulgado como Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário”, discutiu-se exaustivamente, dentre tantos outros, sobre dois temas. Um deles, o relativo às súmulas vinculantes, é objeto de exame pelo Capítulo 3 da Parte II; outro, tido por muitos como uma alternativa mais tênue que aquele, é o relativo às súmulas impeditivas de recursos.

É importante fixar, desde logo, a ideia de que as chamadas “súmulas vinculantes” e as “súmulas impeditivas de recursos” são, na verdade, as duas faces de uma *mesma* moeda, quando menos, que são institutos com finalidades irremediavelmente complementares. Se, para todos os fins, os efeitos *vinculantes* de uma decisão de um dado Tribunal querem impedir que sobre uma *mesma* questão jurídica o juízo inferior decida diferentemente, qual seria o sentido de admitir recursos interpostos de decisões que se fundamentam naquelas mesmas súmulas? É esta perspectiva que não pode ser perdida de vista para a escorreita compreensão do disposto no § 1º do art. 518.

As súmulas vinculantes para as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a validade, interpretação e eficácia de normas constitucionais acabaram por ser aprovadas por aquela Emenda. Doravante, elas constam expressamente do art. 103-A e de seus respectivos parágrafos da Constituição Federal. Mesmo as “antigas” súmulas do Supremo Tribunal Federal, isto é, as súmulas editadas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, podem vir a ter efeitos vinculantes, desde que dois terços daquele Tribunal assim decida, autorização que foi dada pelo art. 8º daquela Emenda Constitucional.

Diferentemente, as chamadas “súmulas impeditivas de recursos” não foram aprovadas pelo Congresso Nacional naquela oportunidade, ficando pendentes de discussão em outra Proposta de Emenda à Constituição, que tem o número 358/2005, em trâmite perante a Câmara dos Deputados que, dentre outras novidades, propõe a introdução de um novo dispositivo, o art. 105-A, na Constituição Federal com este objetivo (v. n. 4.4 do Capítulo 11).

Isto, contudo, não foi e não é óbice para que, com os olhos voltados à legislação processual civil, não se possa perceber, com nitidez, a existência de súmulas ou de decisões dos Tribunais que, se não têm o caráter vinculante

a que se refere o art. 103-A da Constituição Federal, desempenham papel bastante próximo daquele que, com a Lei n. 11.276/2006, veio para ser desempenhado pelo § 1º do art. 518.

Com efeito. As “súmulas impeditivas de recursos” são, de certa forma, uma realidade concreta que já frequenta o nosso Código de Processo Civil. Embora de forma mais tênue, não há como negar que dispositivos como o parágrafo único do art. 120 (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 2, tomo I), o § 3º do art. 475 (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte III), o parágrafo único do art. 481 (v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II), e, o mais conhecido e discutido destes dispositivos, o art. 557, *caput*, e seu respectivo § 1º-A (v. n. 5 do Capítulo 7), representam, em alguma medida, a tal “súmula impeditiva de recursos” e, mais amplamente, uma “jurisprudência predominante impeditiva de recursos” ou, quando menos, um mecanismo que define, vez por todas, a sua sorte, o seu desfecho, desempenhando, assim, a *mesma finalidade* daquele outro instituto. Se não há, para incidência destes dispositivos, nenhuma pecha de vinculação (jurídica) entre o julgado pelos Tribunais Superiores e o que vai ser decidido pelo magistrado *a quo*, nem por isto é de se desconsiderar o enorme peso dialético, persuasivo, que exerce a *jurisprudência* dos Tribunais Superiores sobre os inferiores, mesmo quando ainda não sumulada e sem “efeito *vinculante*”.

Mesmo para quem pretender discordar do entendimento de que os dispositivos do Código de Processo Civil colocados em destaque pelo parágrafo anterior são reflexos das “súmulas impeditivas de recursos” (ou, quando menos, de seus efeitos jurídicos), não há mais, com a aprovação da Lei n. 11.276/2006 e a introdução do novo § 1º ao art. 518, espaço para duvidar de que o instituto passou a ser expressamente agasalhado pelo nosso Código de Processo Civil, independentemente da sorte que aquela temática terá no plano constitucional.

#### 2.4.1. Uma proposta de “interpretação conforme” da “súmula impeditiva de recursos”: o *prévio* “contraditório *institucionalizado*”

É fundamental destacar que a harmonização do instituto aqui examinado com o “modelo constitucional do direito processual civil” só pode ser alcançada na exata medida em que, *antes da fixação das súmulas que darão*

*azo à aplicação do dispositivo*, houver um amplo debate da comunidade jurídica organizada sobre o acerto e sobre o desacerto das mais variadas matérias que são discutidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, têm plena aplicação as considerações feitas a propósito da interpretação do art. 285-A pelo n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, no sentido de que haja um verdadeiro “contraditório *institucional*” que viabilize a ampla *participação* de todos os segmentos da sociedade civil e do próprio Estado interessados na fixação de determinadas teses jurídicas *antes* de ser proferida decisão pelos Tribunais Superiores que passe a ter efeitos, como aqui examinado, para outros processos estranhos àqueles em que prolatadas. A figura do *amicus curiae* (v. Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I), bem compreendida, tem plenas condições de desempenhar satisfatoriamente este papel, garantindo legítima definição dos paradigmas jurisprudenciais que definirão a sorte dos recursos interpostos das sentenças que os apliquem concretamente.

Assim, a plena constitucionalidade do § 1º do art. 518 (e, por identidade de motivos, do art. 285-A) depende muito mais da *forma* de sua aplicação, levando-se em conta, necessariamente, o modo como o Tribunal Superior sumulou dado entendimento, do que, propriamente, de seu conteúdo. É dizer: o § 1º do art. 518 não tem por que ser considerado inconstitucional na exata medida em que sua aplicação diuturna observe, sempre, um prévio e exaustivo contraditório acerca das questões sumuladas pelos Tribunais Superiores e que os leve à edição das Súmulas respectivas. Ele tem tudo para ser entendido como regra de *racionalização* de julgamentos, criando condições objetivas de sua uniformização, providência inafastável à luz dos princípios da isonomia e da economia e eficiência processuais (v. ns. 10 e 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente).

Mesmo para quem discordar das considerações dos parágrafos anteriores, não há como olvidar que, na exata medida em que é facultado à parte prejudicada pela aplicação do § 1º do art. 518 questionar amplamente a sua incidência (v. n. 2.4.3, *infra*), qualquer crítica à inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa ao princípio do contraditório deve ser bastante relativizada. É que há espaço de sobra para se entender que, em casos de aplicação daquela regra, o legislador optou pelo *prevalecimento*

momentâneo de outros princípios constitucionais – outros valores componentes do modelo constitucional do processo civil, portanto –, tratando, apenas e tão somente, de *diferir* para um segundo momento a incidência daqueles outros já destacados.

## 2.4.2. O não recebimento do recurso de apelação

A regra do § 1º do art. 518 deve ser entendida – afastada, para fins de exposição, e não obstante as considerações que ocupam o número anterior, qualquer crítica quanto à sua constitucionalidade – como parte integrante do *juízo de admissibilidade* dos recursos cíveis. É dizer: além de o recurso observar as regras relativas ao cabimento (v. n. 2.1, *supra*), legitimidade (v. n. 2.2, *supra*), interesse (v. n. 2.3, *supra*), tempestividade (v. n. 2.5, *infra*), regularidade formal (v. n. 2.6, *infra*), preparo (v. n. 2.7, *infra*) e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer (v. n. 2.8, *infra*), deverá também ser interposto de sentença que não tenha como fundamento súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Acolhendo expressamente esse entendimento, v. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, AI 990.10.072819-9/Bauru, rel. Des. Neves Amorim, j. 30.3.2010, em *Boletim da AASP* 2692.

Há vozes que sustentam que a “súmula impeditiva de recursos” integra o próprio pressuposto relativo ao *cabimento*. Tratar-se-ia, por força do paralelo que usualmente se faz entre ele e a “possibilidade jurídica do pedido” (v. n. 2.1, *supra*), de uma hipótese em que *objetivamente* o recorrente não tem chances de êxito, a impor ao magistrado, desde logo, o indeferimento do processamento de seu recurso. É difícil negar acerto a este entendimento ainda que a apresentação do pressuposto em número apartado pareça ser, pelo menos por ora, a melhor opção didática.

A opção metodológica justifica-se, até mesmo, porque, a despeito de se entender como pressupostos de admissibilidade recursal, sua melhor interpretação, não obstante a peremptoriedade do texto legal, é de recusar que o juízo, diante do fato objetivo de ter proferido sentença com base em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, rejeite, sempre e em qualquer situação, o recurso. O melhor é permitir, consoante o caso concreto, que o recurso seja enviado à instância superior, até como forma de viabilizar um maior e renovado debate sobre as questões

sumuladas. E quais são estes casos? O trânsito do recurso deve ser admitido quando o recorrente trazer alguma (nova) razão que sensibilize, suficientemente, o julgador que aplicou a súmula. Ou pelas peculiaridades fáticas do caso ou, até mesmo, pela forma de abordagem da questão jurídica, é importante que se criem condições para que se dê esta possibilidade de abertura de uma renovada discussão do caso, o que, em última análise, será responsável para manter vivo o debate da questão jurídica, afastando-se, com isto, uma das maiores críticas à adoção das súmulas impeditivas de recurso, que é o “engessamento” do Judiciário, em especial das instâncias inferiores.

Ademais, nem sempre o único fundamento da sentença recorrida será a aplicação concreta de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Nestes casos, em que a sentença se apoia em outros fundamentos, que vão além da súmula daqueles Tribunais, não há espaço para negar trânsito ao recurso de apelação, desde que este outro *fundamento* seja objeto de impugnação. Nem que seja para receber o recurso parcialmente, isto é, para viabilizar, perante a instância recursal, a revisão do outro fundamento em que se baseia a sentença, pertença ou não, este outro fundamento, ao mesmo capítulo ou a capítulo diverso, em que se dá a aplicação da súmula.

Uma situação, por exemplo, seria recusar trânsito a recurso de apelação interposto de sentença que julga improcedente pedido de tutela jurisdicional em virtude do já decidido e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Outra, bem diferente, seria negar trânsito a este mesmo recurso porque se pretende, independentemente do questionamento da incidência na súmula na espécie, reformar a sentença porque ela arbitrou honorários de advogado em 20% sobre o valor da causa ou porque impôs, diante da existência da súmula, pena ao autor por entendê-lo litigante de má-fé. Para estas questões, o apelo deverá ser recebido, desde que, evidentemente, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade. O § 1º do art. 518, contudo, não pode ser utilizado como óbice ao seu trânsito.

Há aqueles que sustentam que o § 1º do art. 518 não deve ser entendido, ao contrário do que aqui afirmado, como parte integrante do juízo de admissibilidade do recurso. Que, diferentemente, o mecanismo integra o juízo de *mérito* recursal, que se trata de um caso de *improvemento prima*

*facie* do recurso diante do fundamento empregado pela sentença, a exemplo do que se dá com o art. 285-A (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I). A observação é bastante pertinente e, com sinceridade, não há por que negar ser este “improvemento *prima facie*” o resultado imediato e perceptível do funcionamento e da aplicação do novo dispositivo legal. Isto, contudo, não faz com que ele integre o juízo de mérito do recurso.

Preferível, até como forma de manter o mais íntegro possível o sistema processual civil, entender que a baixíssima (ou nula) probabilidade de êxito no recurso é caso de sua *inadmissão*, e não de seu *improvemento*. A uma, porque disto caberá recurso para contrastar o não recebimento do recurso (v. n. 2.4.6, *infra*). A duas, porque a constitucionalidade do dispositivo, caso se entendesse que ele dá ao juízo prolator da decisão recorrida competência para julgar o recurso dela interposto, esbarraria, às claras, no “modelo constitucional de direito processual civil”. A três, porque é a própria Lei que se refere ao *não recebimento* do recurso (“juízo de admissibilidade”), coisa bem diferente de *juízo* do recurso (“juízo de mérito”).

### 2.4.3. A oitiva do apelado para aplicação do § 1º do art. 518

Uma outra questão bastante pertinente sobre o não recebimento da apelação, por força do que dispõe o § 1º do art. 518, diz respeito à necessidade de o magistrado ouvir, previamente, o recorrido, ou não. É perguntar de forma bem direta: pode o juiz rejeitar liminarmente o recurso de apelação quando interposto de sentença proferida em conformidade com súmula dos Tribunais Superiores?

A resposta é positiva, tanto quanto o juiz já podia, mesmo antes da regra aqui examinada, não receber liminarmente nenhum recurso manifestamente incabível por não preencher os seus pressupostos de admissibilidade (art. 557; v. n. 3.1 do Capítulo 5). A oitiva do apelado, isto é, a colheita de suas contrarrazões, não é condição para o não recebimento do recurso de apelação pelo não preenchimento de quaisquer de seus pressupostos de admissibilidade, inclusive o relativo à “súmula impeditiva de recursos”.

Até porque a regra do § 1º do art. 518 não alterou o *procedimento* de recebimento do recurso perante o órgão de interposição, limitando-se a acrescentar um novo pressuposto de admissibilidade do recurso. Não há,

assim, como recusar, talvez em função da opção política deste novo pressuposto de admissibilidade do recurso, o que o sistema processual civil revela com toda transparência: a matéria relativa ao recebimento dos recursos, toda ela, é de ordem pública e o juízo não depende, para se pronunciar sobre ela, da iniciativa da parte contrária. O § 2º do art. 518 não deve ser interpretado em dissonância com este entendimento, embora sua redação sugira compreensão contrária (v. n. 5 do Capítulo 6).

#### 2.4.4. O não recebimento de outros recursos que não o de apelação

Questão pertinente, mormente a partir das considerações apresentadas pelo número anterior, é a relativa à aplicação do § 1º do art. 518 a outros recursos que não o de apelação, único expressamente mencionado no dispositivo.

A resposta é positiva, ressalvados os casos de “recursos *extraordinários*”, aqui entendidos o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Também para o art. 518, § 1º, valem as observações do n. 1 do Capítulo 1: não obstante a sua localização no Código de Processo Civil, inexistente razão para não entender o dispositivo, em especial os seus dois parágrafos, como pertencente à “teoria geral dos recursos”, dos “recursos *ordinários*”, e não como uma regra característica da apelação.

A aplicabilidade do § 1º do art. 518 a outros “recursos *ordinários*” que não o de apelação, contudo, dar-se-á em escala bastante reduzida porque, pela sua própria dinâmica, grande parte destes outros recursos já é interposta diretamente perante os Tribunais e, desta forma, a atuação do relator, com base no art. 557 e no seu respectivo § 1º-A, tem tudo para alcançar o mesmo desiderato que o dispositivo em exame (v. n. 3.1 do Capítulo 5). E com uma vantagem bastante sensível, digna de nota: já não se tratará, propriamente, de exercer mero juízo *negativo* de admissibilidade do recurso, mas, bem diferentemente, superado o juízo de *admissibilidade*, proferir decisão de *mérito* afinada desde logo com as súmulas dos Tribunais Superiores, provendo ou improvendo o recurso. A hipótese do agravo de instrumento merece, a propósito, destaque diante da expressa remissão que o inciso I do art. 527 faz ao mencionado ao art. 557 (v. n. 3.4.1 do Capítulo 7).

Da ressalva assinalada de início cabe uma reflexão quanto à incidência do art. 518, § 1º, com relação ao recurso extraordinário e ao recurso especial.

O melhor entendimento é o que rejeita sua aplicação àqueles recursos porque o seu juízo de admissibilidade é *taxativamente* previsto na Constituição Federal, sendo agressiva ao “modelo constitucional do direito processual civil” que a lei queira, de alguma forma, alterar, mesmo que para racionalizar a atividade jurisdicional, suas hipóteses de incidência (v. n. 2 do Capítulo 11).

É certo que aqueles recursos são interpostos perante os Tribunais locais cujo Presidente tem competência para processá-los e admiti-los, o que poderia insinuar a aplicação do dispositivo aqui examinado. Não condiz, contudo, com o art. 102, III, nem com o art. 105, III, ambos da Constituição Federal, que o trânsito daqueles recursos seja negado por razões que, em última análise, dizem respeito ao *mérito* do recurso e não, apenas, ao seu juízo de admissibilidade.

Embora o entendimento oposto encontre algum eco na Súmula 286 do STF e na Súmula 83 do STJ (v. n. 5.1 do Capítulo 11), importa colocar em relevo que a aproximação entre os “juízos de *admissibilidade*” e os “juízos de *mérito*” dos recursos de “fundamentação *vinculada*”, como são o recurso extraordinário e o recurso especial, não pode sobrepor-se à sua rígida disciplina constitucional. Quem pode deixar de “conhecer” o recurso extraordinário e o recurso especial porque a decisão recorrida se afina à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são aqueles Tribunais e não o Presidente do Tribunal *a quo*, órgão de interposição dos recursos.

No âmbito daqueles Tribunais, o Ministro relator poderá, se for o caso, atuar monocraticamente com fundamento no art. 557, fazendo desaparecer, com isto, qualquer crítica alusiva a uma maior morosidade processual derivada do entendimento aqui proposto.

Ademais, a maior prova do acerto das considerações aqui feitas está na notícia da existência de Proposta de Emenda à Constituição, em trâmite perante o Congresso Nacional, que pretende, modificando o art. 105 da Constituição Federal, introduzir a figura aqui analisada também para o recurso especial (v. n. 4.4 do Capítulo 11).

## 2.4.5. Conformidade com súmula do STJ ou do STF

Que o § 1º do art. 518 reclama, para sua incidência, a existência de *súmula* do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, não há como negar. Mas é possível aplicá-lo no caso de não haver, no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, matéria sumulada?

É preferível a interpretação mais restritiva do dispositivo. O legislador referiu-se expressamente a “súmulas”, deixando de fazer menção a “jurisprudência dominante” ou expressões similares, como fez, por exemplo, o *caput* do art. 557 (v. n. 3.1 do Capítulo 5). Esta distinção deve, para o caso, ser respeitada. Até porque, enquanto a súmula é um dado de imediata e *objetiva* percepção, porque é assim identificada pelo próprio Tribunal que a expede, idêntica sorte não se dá com a “jurisprudência dominante”, que nem sempre é identificada e compreendida de modo claro, mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, em que o número de decisões monocráticas proferidas intensifica-se a cada dia.

Nesta mesma linha de indagações, outra questão pertinente diz respeito à aplicação do dispositivo diante da existência de súmulas dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais.

Assim, por exemplo, uma sentença é proferida com fundamento em súmula editada por um dado Tribunal de segunda instância. Pode o juízo deixar de receber o recurso de apelação dela interposto com base no § 1º do art. 518? A resposta é negativa. O que pode ocorrer, na espécie, é que o relator, já no âmbito do Tribunal e pressupondo, por isto mesmo, que o apelo tenha sido recebido e tenha tramitado de forma regular, julgue-o monocraticamente, nos termos do art. 557, *caput*, que admite a hipótese de maneira expressa. Desta decisão singular cabe o “agravo *interno*” previsto no § 1º do mesmo dispositivo (v. n. 5.1 do Capítulo 7).

Diferentemente se passa com o “reexame necessário”, mas por força de expressa opção política do legislador, como o n. 5 do Capítulo 2 da Parte III demonstra a propósito da interpretação do § 3º do art. 475.

Por identidade de razões, não há como, no âmbito dos Tribunais de segunda instância, aplicar o art. 518, § 1º, estribado em “jurisprudência dominante”.

## 2.4.6. A inadmissão do recurso e as atitudes a serem tomadas pelo recorrente

Em se admitindo, para todos os fins, a aplicação do § 1º do art. 518, surge outra série de dificuldades. O apelante pode apresentar, diante do não recebimento de seu apelo, novo recurso contra esta decisão?

A resposta é positiva. Da decisão que aplica o precitado dispositivo legal cabe recurso de agravo de *instrumento*, situação que se amolda com perfeição ao *caput* do art. 522 (v. n. 3 do Capítulo 7).

Esta conclusão tem tudo para ser criticada pela razão de ser da introdução do § 1º do art. 518. É que a corrente defensora da “súmula impeditiva de recursos” sustenta que o mecanismo acarretará uma sensível redução no número de recursos e, conseqüentemente, aliviará, em alguma medida, a enorme e notória sobrecarga de trabalho dos Tribunais brasileiros. Se, no entanto, se admitir o cabimento do agravo de instrumento para contrastar a decisão de não recebimento do recurso, esta finalidade da lei estará fadada a cair por terra. Ela significará, no máximo, a substituição de uma apelação por um agravo de instrumento.

Que, analisada a questão desta perspectiva, a tão desejada redução do número de recursos deixa de ser algo palpável, não há por que duvidar. Porém, o que não pode ser desconsiderado é que nem sempre a lei pode fazer, por si só, todas as escolhas que lhe parecem ser as mais adequadas. Ainda prevalece, entre nós, o princípio da recorribilidade plena das interlocutórias (v. n. 9 do Capítulo 2). Aqui, até mesmo por expressa dicção legislativa (o *caput* do art. 522) e, portanto, sem necessidade de recorrer à argumentação desenvolvida pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 7, não há como recusar o agravo na modalidade de instrumento como resposta *imediata* do jurisdicionado à aplicação concreta do § 1º do art. 518.

Ademais, o agravo de instrumento, é importante frisar este ponto, não se volta a criticar a súmula do Tribunal superior mas, bem diferentemente, volta-se a questionar as razões de incidência do § 1º do art. 518 na espécie. Assim, por exemplo, para questionar a constitucionalidade do dispositivo, na especificidade do caso concreto, a afastar, por si só, a incidência da súmula, sem esquecer, evidentemente, da crítica que poderá ser feita ao entendimento do magistrado sentenciante sobre a *interpretação* da súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, não há espaço para descartar a pertinência do agravo de instrumento, nem mesmo pelo art. 527, I, e pelo *caput* do art. 557, que autorizam o relator a negar-lhe seguimento monocraticamente quando a decisão estiver fundamentada em súmulas. Não é, vale enfatizar, para questionar a súmula e seus fundamentos que se volta o agravo de instrumento. Este será, com certeza, o ou um dos fundamentos do recurso inadmitido.

Como destacado pelo n. 2.4.1, *supra*, uma maior discussão quanto à incidência do art. 518, § 1º é medida salutar e que, mesmo em sede de agravo de instrumento, deve ser amplamente aproveitada. O contraste da decisão que o aplica é condição de boa convivência com a regra. Somente um debate plural sobre as condições de sua incidência, nos mais variados casos, é que garantirá que o § 1º do art. 518 não venha a agredir o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Uma palavra adicional sobre o agravo de instrumento na espécie. Se, pelas razões expostas, ele não deve ser indeferido liminarmente (arts. 527, I, e 557) porque visa ao destrancamento de recurso interposto contra decisão fundamentada em súmula de Tribunal Superior, nem por isto o agravante estará dispensado de apresentar as razões pelas quais não se justificava, no caso concreto, a aplicação do § 1º do art. 518. Muito pelo contrário, é pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso a *dialeticidade*, isto é, que o recurso impugne fundamentadamente a decisão tal qual proferida (v. n. 8 do Capítulo 2 e n. 2.6, *infra*). Nenhum recurso deve prestar-se a dizer que o recorrente está certo. Esta não é a *causa* do recurso, mas sua *consequência*. O recurso volta-se à demonstração do desacerto da decisão recorrida. Esta, sim, é sua causa primeira.

Aplicando estas ideias à hipótese em exame, o agravante deverá demonstrar por que não deveria incidir o § 1º do art. 518 no caso. Porque ele é inconstitucional, porque a súmula do Tribunal Superior não tem o alcance genérico que a decisão reputou que ela tivesse, porque os fatos do caso concreto repelem a incidência daquele enunciado, porque há mais de um fundamento na decisão recorrida não alcançado pela súmula, porque não se recorreu do capítulo da sentença que aplica o entendimento sumulado, todas estas e tantas outras questões são razões que devem ser enfrentadas no agravo necessariamente, e isto sob pena de inadmissão do agravo. Não por

causa do § 1º do art. 518, mas, bem diferentemente, porque todo recurso, para ter cabimento, tem de trazer suas razões fundantes. A regra, proveniente da teoria geral dos recursos, não sofre, na hipótese, nenhuma exceção.

Por fim, cabe escrever que, na exata medida em que se admita a aplicação do mesmo § 1º do art. 518 para a inadmissão de outros recursos, caberão, conforme o caso, recursos com vistas ao destrancamento do recurso inadmitido. Assim, para mencionar a situação a que fez referência o n. 2.4.4, *supra*, o agravo do art. 544 para os casos de indeferimento do recurso extraordinário e do recurso especial.

## 2.5. Tempestividade

O prazo para apresentação do recurso de apelação, de embargos infringentes, de recurso ordinário, de recurso extraordinário, de recurso especial e de embargos de divergência (assim como para sua respectiva resposta, isto é, para apresentação das contrarrazões) é de *quinze* dias, como dispõe o art. 508.

A regra genérica do art. 508, contudo, deve ser lida em conjunto com as previsões específicas esparsas no Código de Processo Civil, que, como tais, devem prevalecer sobre ela. Assim, o agravo de instrumento, o agravo retido (art. 522, *caput*) e o agravo da decisão que nega trânsito a recurso extraordinário e/ou recurso especial (art. 544, *caput*) devem ser apresentados no prazo de *dez* dias. Os agravos *internos*, por força do art. 557, § 1º, devem ser interpostos no prazo de *cinco* dias (v. n. 5 do Capítulo 7), o mesmo ocorrendo com os embargos de declaração (art. 536).

A fluência do prazo deve observar o que dispõe o art. 506.

De acordo com o dispositivo, o prazo para interposição do recurso conta-se da data: “da leitura da sentença em audiência”; “da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência” ou “da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial”.

Os dois primeiros incisos do art. 506 não rendem ensejo a nenhuma dificuldade interpretativa, sendo certo que sobre eles incidem as considerações genéricas feitas pelo n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 com relação à intimação dos atos processuais. É essa a razão, por exemplo, pela qual não se considera aberto o prazo recursal quando estagiário de direito, ainda que autorizado pelo advogado, retira do cartório

ou secretaria respectiva os autos do processo judicial, isto é, faz carga, como usualmente se diz na prática forense, mesmo quando neles já estiver encartada a sentença. É que o ato de recorrer é privativo do advogado e, nessas condições, impõe-se que ele – e não o estagiário (art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994) – seja regularmente intimado daquele ato, não se podendo presumir da carga, necessariamente, sua inequívoca ciência (STJ, 3ª Turma, REsp 830.154/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 19.12.2007). Também é correto o entendimento de que se o recurso é interposto por advogado *sem* procuração nos autos, faz-se necessária a intimação da *parte* para que o vício seja sanado, sendo insuficiente a intimação do próprio profissional (STJ, 3ª Turma, REsp 887.656/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 9.6.2009, DJe 18.6.2009).

O inciso III do art. 506, de seu turno, que ganhou nova redação com a Lei n. 11.276/2006, merece um cuidado especial. É que o prazo recursal só pode ter fluência se o acórdão integral do qual o *dispositivo* é publicado (v. n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I) estiver disponível para exame das partes e de eventuais terceiros. É insuficiente, para este fim, que se dê ciência da parte do acórdão no qual consta o que foi decidido, a sua conclusão, o seu resultado. Indispensável, para fins recursais, que se possa ter acesso às razões pelas quais se decidiu, porque só assim é que o recorrente conseguirá estabelecer a necessária *dialeticidade* recursal, apresentando, em conformidade com as exigências do sistema processual civil, as suas razões (v. n. 2.6, *infra*). Eventual intimação do *resultado* do julgamento do recurso não pode ser confundida com a abertura do prazo para apresentação dos recursos cabíveis, que dá ensejo à interpretação aqui proposta ao art. 506. Trata-se de conclusão inarredável à luz dos princípios da publicidade e da motivação amalgamados no art. 93, IX, da Constituição Federal (v. ns. 11 e 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e, no plano infraconstitucional, do art. 564, que, desde o início de vigência do Código de Processo Civil de 1973, está a dizer: “lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de 10 (dez) dias” (v. n. 7 do Capítulo 5). Correto, nesse sentido, o entendimento da 5ª Turma do STJ (HC 103.232/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 21.5.2009, DJe 3.8.2009) que, ao interpretar o art. 506, entendeu ser suficiente, para o início do prazo, a publicação do *dispositivo do acórdão*, desde que ele esteja disponível para

exame. Apesar de silente o art. 506, contudo, o prazo para apresentação do recurso também terá regular fluência quando a intimação se der por meios eletrônicos, atendidas as exigências do § 2º do art. 154 e, mais amplamente, da Lei n. 11.419/2006 (v. ns. 4.7 e 4.7.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Apresentado o recurso a destempo, a hipótese é de preclusão temporal, a não ser que o recorrente consiga demonstrar a ocorrência de “justa causa” nos termos do art. 183 e respectivos parágrafos. Assim, por exemplo, se a única advogada constituída nos autos comprova o não cumprimento do prazo recursal pela impossibilidade de exercício profissional decorrente de enfermidade (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.015.392/RJ, rel. Min. Castro Meira, j.un. 6.5.2008, DJe 16.5.2008).

O art. 188 tem aplicação no âmbito recursal, contando-se em dobro o prazo para que as pessoas jurídicas de direito público e o Ministério Público apresentem seus recursos; não, porém, para que apresentem suas contrarrazões. A Súmula 116 do STJ, expressamente, reserva o prazo em dobro previsto por aquele dispositivo à Fazenda Pública e ao Ministério Público, para a apresentação de “agravo *interno*” de decisão proferida naquele Tribunal, mencionado, no enunciado respectivo, como “agravo *regimental*”, dando ensejo às considerações do n. 5.3 do Capítulo 7.

Em se tratando de réu revel sem advogado constituído nos autos, o prazo recursal tem início na publicação da decisão em cartório, isto é, quando a decisão a ser recorrida torna-se pública, rente ao que dispõe o art. 322, regra que viabiliza a ampla participação do revel nos termos do parágrafo único do dispositivo. Neste sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 799.965/RN, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 7.10.2008, DJe 28.10.2008.

Questão interessante sobre a aplicação do art. 191 para os litisconsortes que têm procuradores diversos nos autos (v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I) dá-se quando a decisão recorrida causar gravame a apenas um deles. É o caso, por exemplo, de um dos litisconsortes passivos facultativos ser excluído do processo no chamado “despacho saneador” (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo I). O melhor entendimento para a hipótese é o de admitir o prazo recursal em dobro quando, ao menos em tese, a decisão puder causar prejuízos a todos os litisconsortes, porque, enquanto ela não estiver estabilizada, é irrecusável que permanecem, incólumes, as razões que levaram o legislador a instituir aquele benefício em

prol dos litigantes. Nos casos em que a decisão claramente disser respeito a apenas um dos litigantes, não há por que aplicar o disposto no art. 191. O entendimento predominante no âmbito dos Tribunais Superiores é no sentido de afastar a aplicação do art. 191 quando a sucumbência seja de apenas um dos litisconsortes, como bem evidencia a Súmula 641 do STF e os seguintes julgados do STJ: 5ª Turma, AgRg no Ag 843.531/MG, rel. Min. Jane Silva, j.un. 8.11.2007, DJ 26.11.2007, p. 232, e 3ª Turma, REsp 864.787/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 21.6.2007, DJ 6.8.2007, p. 488, forte em precedente da Corte Especial, os EREsp 222.405/SP, rel. p./acórdão Min. Ari Pargendler, j.m.v. 15.12.2004, DJ 21.3.2005, p. 201, reiterado mais recentemente, com a ressalva destacada no texto, pela 2ª Seção, no julgamento dos EREsp 525.796/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j.un. 25.10.2006, DJ 19.3.2007, p. 284.

A prova da tempestividade do recurso deve ser feita, ao menos como regra, no momento de sua interposição, e não nos sucessivos recursos destinados ao seu destrancamento (STF, Pleno, RE-AgR 536.881/MG, rel. Min. Eros Grau, j.m.v. 8.10.2008, DJe 12.12.2008 e STF, Pleno, AI-AgR 621.919/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 11.10.2006, DJ 19.12.2006, p. 35). Os votos vencidos proferidos na oportunidade pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio admitem que a prova da tempestividade recursal seja feita em recurso voltado ao seu destrancamento quando o motivo da prorrogação do prazo não for do conhecimento obrigatório do Tribunal *ad quem* ou por força de determinação do Tribunal *a quo*, orientação que se afina ao disposto no art. 515, § 4º, e que tem a adesão deste *Curso* (v. n. 6.1 do Capítulo 5).

Quando feriado ou o encerramento do horário forense colocar em dúvida a tempestividade do recurso, é ônus do recorrente documentar a ocorrência das situações do § 1º do art. 184 (v. n. 4.3.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). A jurisprudência do STJ, que se formara no sentido de que a comprovação respectiva devia se dar já com a apresentação do recurso, sendo vedada a sua comprovação posterior (CE, EREsp 299.177/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j.m.v. 11.2.2008; 3ª Turma, AgRg no Ag 736.171/SP, rel. Min. Castro Filho, j.un. 1.3.2007, DJ 19.3.2007, p. 327; CE, AgRg nos EREsp 732.042/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j.m.v. 6.12.2006, DJ 26.3.2007, p. 181; CE, AgRg no Ag 708.460/SP, rel. Min. Castro Filho, j.m.v.

15.3.2006, DJ 2.10.2006, p. 204 e 1ª Turma, AgRg no Ag 1.368.507/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 19.4.2012, DJe 17.9.2012), acabou sendo alterada, mais recentemente, diante da manifestação do STF acerca da mesma tese jurídica (2ª Turma, HC 112.842/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 8.5.2012, DJe 23.5.2012). Assim, embora seja ônus do recorrente comprovar o feriado local, a iniciativa pode se dar depois da interposição do recurso, quando surgir dúvida sobre a sua tempestividade. Neste sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.080.119/RJ, rel. p./acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, j.m.v. 5.6.2012, DJe 29.6.2012.

A Corte Especial do STJ (Ag 1.251.998/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.9.2010, DJe 19.11.2010) entende, corretamente, que a comprovação dos atos relativos à suspensão dos prazos processuais pode ser feita com a apresentação de cópias extraídas dos sites dos Tribunais, independentemente de certificação digital, desde que conste no documento o endereço eletrônico de origem e a data na qual ele foi impresso.

## 2.6. Regularidade formal

A regularidade formal dos recursos é pressuposto multifacetado, isto é, ele trata de uma série de questões diversas que, em conjunto, viabilizam a escorreita exteriorização da manifestação de inconformismo do recorrente.

Todo recurso deve refletir concomitantemente o pedido do proferimento de nova decisão (seja de caráter *rescindente* ou *substitutiva*) e estar estribado em razões pelas quais se pode verificar o porquê da anulação ou da reforma da decisão recorrida, respectivamente. É o que o n. 8 do Capítulo 2 chama de “princípio da dialeticidade”.

O direito processual civil brasileiro, diferentemente do que se dá com o direito processual penal, não conhece na atualidade recursos em que razões de inconformismo e desejo do proferimento de uma nova decisão sejam apresentados em prazos distintos (art. 600 do CPP). É este o motivo pelo qual a “petição de interposição do recurso” e a suas “razões” devem, no sistema processual civil, ser apresentados conjuntamente, sob pena de “preclusão *consumativa*” (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Isto não significa, contudo, que haja alguma exigência legal para que a “interposição” e as “razões” respectivas sejam apresentadas, *embora ao mesmo tempo*, em petições diversas, como a prática forense consagra com a

apresentação “em anexo” das razões ou “consoante as razões apresentadas em anexo”, e fórmulas similares. Não há qualquer irregularidade em que inconformismo, razões de recurso e pedido de nova decisão ocupem a mesma petição, sem solução de continuidade. Até porque, ainda que houvesse uma tal exigência, à falta de prejuízo na sua não observância, não haveria qualquer nulidade para o ato processual passível de reconhecimento (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

A petição do recurso, isto é, a petição que contenha, concomitantemente, a exteriorização do inconformismo do recorrente, as razões recursais, o pedido de anulação ou reforma da decisão e o preparo (quanto a esta exigência, v. n. 2.7, *infra*), deve ser apresentada em cartório ou na secretaria do juízo competente ou, ainda, segundo a norma de organização judiciária local, como se lê do parágrafo único do art. 506, que ressalva a hipótese do agravo de instrumento dirigido às decisões de primeira instância, ao fazer referência expressa ao art. 525, § 2º (v. n. 3.1 do Capítulo 7). O dispositivo disciplina o que a prática forense consagrou com o nome de “protocolização” ou “protocolo” do recurso.

Por cartório ou secretaria do juízo competente deve ser entendido o local em que, no fórum ou no Tribunal, são recebidas as petições a ele dirigidas. É esta a razão por que o protocolo do recurso feito em outro órgão jurisdicional (por exemplo, a contadoria) não é bastante para fins de sua admissibilidade, por desatender a exigência feita pelo dispositivo aqui examinado (STJ, 3ª Turma, REsp 690.545/ES, rel. p./ acórdão Min. Ari Pargendler, j.m.v. 18.12.2007).

A segunda parte do parágrafo único do art. 506, quando trata das “normas de organização judiciária”, deve receber interpretação ampla, para abranger qualquer ato de conteúdo normativo, isto é, com aptidão de obrigar seus destinatários mesmo que não se trate de *lei* em sentido formal, ao contrário do que, para os agravos de instrumento, exigem a *letra* do § 2º do art. 525 (v. n. 3.1 do Capítulo 7) e a do genérico § 3º do art. 172 (v. n. 4.3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Assim, por exemplo, atos normativos dos Tribunais de Justiça locais, dos Tribunais Regionais Federais ou, até mesmo – para o âmbito da Justiça Federal –, do Conselho da Justiça Federal têm, *para este fim*, aqui não há como generalizar, o mesmo conteúdo *vinculante*. Tais

órgãos podem autorizar outras formas para a apresentação dos diversos recursos.

Assim, mesmo naqueles casos em que os “protocolos integrados” ou “descentralizados” ou, ainda “unificados”, para empregar os nomes que lhe deu a prática do dia a dia no foro, não forem regulados por *lei* (em sentido formal), nem por isto há como recusar a incidência do art. 506, parágrafo único. É interpretação que, de resto, afina-se ao comando do parágrafo único do art. 547, incluído pela Lei n. 10.352/2001, que admite a descentralização dos serviços de protocolo aos escritórios de primeira instância por ato do próprio Tribunal e, conseqüentemente, sem necessidade de *lei*.

O dispositivo, ao excepcionar expressamente o art. 525, § 2º, não admite que os recursos em geral, ressalva feita aos agravos de instrumento dirigidos às decisões de primeira instância, sejam apresentados pelo correio e, tampouco, respondidos por meio postal. A omissão legislativa é incompreensível e conspira contra o princípio da economia e da eficiência processuais, inclusive do ponto de vista do *custo* financeiro no estabelecimento de mecanismos de comunicação entre comarcas e seções judiciárias que não possam aproveitar a estrutura já existente dos correios (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), mas pode (e deve) ser suprida por normas locais que admitam o uso do correio para aquela finalidade.

Apesar do silêncio do parágrafo único do art. 506, os recursos podem também ser apresentados por fax ou meio similar de transmissão de dados (Lei n. 9.800/1999) e por meios eletrônicos, observando-se, no particular, o § 2º do art. 154 e, superiormente, o disposto na Lei n. 11.419/2006 (v. n. 4.7 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

O início do prazo do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.800/1999 é o dia seguinte ao término do prazo do recurso, sendo indiferente, para tanto, que o recurso seja interposto *antes* do *dies ad quem*. Se, por exemplo, o prazo do recurso é de quinze dias e ele é transmitido por fax no décimo terceiro dia, o prazo de cinco dias a que se refere o precitado art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.800/1999 começa a correr após os quinze dias, e não a partir do dia seguinte ao da interposição do recurso. O entendimento, que tem o apoio do Supremo Tribunal Federal (1ª Turma, RE-AgR 558.677/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j.un. 27.11.2007, DJE-21, 7.2.2008, e 2ª Turma, RE-AgR-AgR 366.044/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 25.9.2007, DJ 19.10.2007, p. 81) e da Corte

Especial do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 640.803/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 5.12.2007), acabou por superar entendimento diverso de algumas Turmas deste mesmo Tribunal, de que os cinco dias referidos pelo dispositivo legal seriam *antecipados*, porque, com a apresentação do recurso, consumir-se-ia o prazo recursal (assim, v.g.: STJ, 1ª Seção, AgRg na Pet 5.322/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 28.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 154, e STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 804.571/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 20.3.2007, DJ 2.4.2007, p. 244).

A apresentação do recurso por *fax*, contudo, deve se dar até o *dies ad quem*, respeitado o horário do expediente no que é claro o precipitado art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.800/99. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 742.801/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 3.6.2008, DJe 13.6.2008; e STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.002.777/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 5.8.2008, DJe 15.9.2008.

Se o *dies ad quem* cair em feriado, aplica-se o § 1º do art. 184, em que se prorroga o prazo para apresentação dos originais para o primeiro dia útil seguinte (STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 1.017.981/PE, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m.v. 18.9.2008, DJe 15.10.2008).

Ainda a respeito da Lei n. 9.800/1999, importa destacar que a prática de atos por e-mail, inclusive a interposição de recursos, não fica sujeita à sua disciplina, prevalecendo, para a espécie, o disposto no § 2º do art. 154 e na Lei n. 11.419/2006, regras específicas. Assim, se o recurso é interposto por e-mail, no prazo legal, sem observar as exigências daquele diploma legislativo e dos atos normativos dos Tribunais que legitimamente o regulamentam, não é possível pretender ratificar o ato recursal com a apresentação da petição recursal em papel nos cinco dias a que se refere o art. 2º da Lei n. 9.800/1999. A hipótese é de preclusão *consumativa* (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Neste sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 916.506/RN, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 4.9.2007, DJ 24.9.2007, p. 389.

O processo eletrônico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é regulamentado pela Resolução n. 1, de 10 de fevereiro de 2010. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria é disciplinada, também em atenção ao precitado diploma legislativo, pela Resolução n. 427, de 20.4.2010, que “Regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Supremo Tribunal Federal

e dá outras providências”, com alterações posteriores. Ambos os atos normativos aceitam a apresentação de recursos por meios eletrônicos àqueles Tribunais, mesmo quando não se tratar de caso da competência originária sua.

### 2.6.1. Especificamente o “protocolo descentralizado”

No que diz respeito à apresentação do recurso perante os órgãos jurisdicionais, usualmente identificado na prática forense com o seu “protocolo” ou a sua “protocolização”, importa destacar o parágrafo único do art. 547, incluído pela Lei n. 10.352/2001, autorizador de que os “serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau”.

O dispositivo, que deve ser lido em conjunto com o estabelecido no § 3º do art. 172 e com o art. 506, significa que, havendo *norma* local, a apresentação das petições para os Tribunais, inclusive para fins recursais, pode dar-se perante os órgãos jurisdicionais de primeira instância. É o que a prática forense consagrou com os nomes de “protocolo descentralizado”, “protocolo unificado” ou “protocolo integrado”.

Por “*norma local*” deve ser entendido qualquer ato normativo, mesmo que não seja lei, no sentido formal, que crie e estabeleça a possibilidade da apresentação das peças processuais, inclusive as recursais, em locais distintos daquele em que estão localizados os autos respectivos.

Os limites e as restrições destas normas locais – que muitas vezes se consubstanciam em atos expedidos pelos próprios Tribunais – devem ser observados pelas partes e pelos terceiros.

O tema é tanto mais interessante em função da Súmula 256 do STJ, que, por ter sido expedida *antes* da atual redação do parágrafo único do art. 547, foi cancelada por aquele Tribunal que acabou por entendê-la incompatível com a nova sistemática legal (STJ, CE, AgRg no Ag 792.846/SP, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m. 21.5.2008, DJe 3.11.2008, mencionando precedente do Pleno do STF no mesmo sentido: AI-AgRg 476.260/SP, rel. Min. Carlos Britto, j.un. 23.2.2006, DJ 16.6.2006, p. 5). O assunto ganha especial importância com relação aos recursos extraordinários e especiais, razão pela qual é retomado pelo n. 6 do Capítulo 11.

## 2.7. Preparo

O preparo é o pagamento prévio e imediato a cargo do recorrente dos valores das custas processuais relativas ao processamento do recurso e, se for o caso, do porte de remessa e retorno dos autos. De acordo com o *caput* do art. 511, “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

A ressalva feita pelo dispositivo codificado traz à tona o disposto no art. 4º da Lei n. 9.289/1996, lei de custas da Justiça Federal, que reconhece a isenção de custas aos entes lá referidos. O parágrafo único do referido art. 4º, por sua vez, dispõe que “A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas referidas no inciso I [União, Estados, Municípios, Territórios Federais, Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações] da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora”. A necessidade de recolhimento de preparo recursal por Conselhos de Fiscalização Profissional foi afirmada devida pela 1ª Seção do STJ em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.338.247/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 10.10.2012, DJe 19.12.2012).

O *caput* do art. 519 do CPC, por sua vez, dispõe que “Provando o apelante justo impedimento, o juiz relevará a pena de deserção, fixando-lhe prazo para efetuar o preparo”.

Como os expedientes bancário e forense não são coincidentes, é correta a Súmula 484 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário”, fruto do julgamento de Recurso Especial Repetitivo (STJ, CE, REsp 1.122.064/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 1.9.2010, DJe 30.9.2010). Trata-se, não há por que recusar, de hipótese em que o “justo impedimento” a que se refere o precitado *caput* do art. 519 faz-se presente.

De acordo com as regras de sucumbência do sistema processual civil, é mais correto referir-se ao preparo como um ônus do recorrente de *adiantar* o recolhimento daqueles valores aos cofres públicos (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

As “custas processuais” são as chamadas “taxas judiciárias”, tributos que incidem como contraprestação ao serviço forense. Elas devem ser instituídas por lei e devem obedecer o “modelo constitucional tributário”. A mais recente destas leis, a Lei n. 11.636/2007, institui custas para os processos (e recursos) no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e recebe, em diversas passagens deste volume, os comentários cabíveis. Atualmente, a questão é regulamentada pela Resolução n. 8, de 23.4.2012, da Presidência do STJ.

O “porte de remessa e retorno dos autos” é expressão que representa os valores devidos pelo envio e pelo retorno dos autos do recurso ao órgão que têm competência para seu julgamento, isto é, ao órgão *ad quem*, e que não se confundem com as custas. Tanto que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes da precitada Lei n. 11.636/2007, era devido o recolhimento do tal porte para os recursos a ele dirigidos, no que é bastante claro o art. 3º daquele diploma legal. Trata-se, assim, de valores que são devidos para remunerar o serviço de transporte físico dos autos que não é feito, em geral, pelos próprios Tribunais e órgãos jurisdicionais e, desta feita, estão fora do cálculo das custas já referidas. Como, em geral, a atividade é prestada pelos correios, é bastante comum que o “porte de remessa e retorno dos autos” seja calculado, ainda que aproximadamente, pelo número de páginas e, conseqüentemente, pelo peso dos autos. A exigência de uma tal verba no ambiente digital da internet (v. n. 4.7.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) é de todo descabida. Quando o recurso é interposto diretamente perante algum Tribunal, é bastante comum a referência, apenas e tão somente, ao “porte de *retorno*” dos autos, já que os custos relativos ao seu envio ao órgão *ad quem* são suportados diretamente pelas partes, sem auxílio da administração judiciária.

A ausência de preparo, sempre entendido amplamente, para compreender as custas e o porte de remessa e retorno dos autos, rende ensejo ao que é chamado de “deserção”. Recurso *deserto* é recurso não preparado no tempo e modo devidos.

A insuficiência de preparo, contudo, não leva necessariamente à deserção. O § 2º do art. 511 admite que ele seja *completado* no prazo de cinco dias, devendo o recorrente ser intimado para tanto. “Insuficiência no valor do preparo” significa que o recorrente preparou o recurso mas o fez de maneira insatisfatória. O dispositivo não deve ser interpretado

ampliativamente para permitir que a *falta* de preparo seja relevada em prol do recorrente desidioso. Sua interpretação deve subsidiar, contudo, a possibilidade de serem afastados eventuais equívocos *formais* no ato de preparo do recurso, como, por exemplo, recolhimento dos valores em guias erradas ou preenchimento incompleto da documentação ou das guias respectivas. Qualquer excesso formal neste particular deve ser afastado como, corretamente, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça nas seguintes decisões: STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 770.358/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 6.4.2010, DJe 20.4.2010; STJ, CE, EREsp 1.090.683/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 9.6.2011, DJe 22.6.2011; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.166.294/AL, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 28.2.2012, DJe 14.3.2012, e STJ, CE, EREsp 1.114.817/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 14.6.2012, DJe 27.6.2012.

Se a hipótese for de impossibilidade de preparar o recurso adequadamente por “justo impedimento”, o recorrente deverá, fundamentando o seu pedido no *caput* do art. 519, justificar e comprovar a ocorrência do fato no momento da interposição do recurso, permitindo ao magistrado examinar a questão, que relevará, se for o caso, a deserção, fixando novo prazo para que os pagamentos correspondentes sejam efetuados. Neste sentido: STJ, 3ª Turma REsp 814.512/PI, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 10.3.2009, DJe 4.8.2009.

Apesar de o art. 519 estar inserido no Capítulo relativo à “apelação”, seu comando deve ser espraiado para os demais recursos e, por isto mesmo, interpretando sistematicamente, o novo prazo para que o preparo seja efetuado, no caso de relevação da deserção, é de cinco dias, à semelhança do que permite o § 2º do art. 511.

O parágrafo único do art. 519 prevê a irrecorribilidade da decisão que releva a pena de deserção, o que deve ser observado para a normalidade dos casos, uma vez que o juízo de admissibilidade feito pelo órgão *a quo* não vincula o que será feito, oportunamente, pelo órgão *ad quem*. O dispositivo, contudo, não pode conspirar contra o sistema processual civil. Em situações que o prejudicado pela relevação da pena sentir-se prejudicado e pretender o reexame *imediato* da decisão, poderá valer-se de agravo de instrumento ou agravo interno, a depender do prolator da decisão, pelas razões expostas

com mais vagar pelos ns. 3 e 5 do Capítulo 7. Não há, também com base naquelas considerações, como negar o uso do mandado de segurança contra ato judicial, dada a irrecorribilidade imposta pela lei, quando descartado o cabimento do recurso de agravo para aquela mesma finalidade (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte III).

Há algumas hipóteses em que a própria lei processual civil se encarregou de dispensar determinados recursos e determinados litigantes do preparo.

O recurso de “agravo retido” (art. 522, parágrafo único; v. n. 2 do Capítulo 7) e o de “embargos de declaração” (art. 536; v. n. 3 do Capítulo 8) são isentos de preparo.

O Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias, além daqueles que gozam de isenção legal, estão dispensados do preparo por força do § 1º do art. 511. A estas pessoas, de acordo com o dispositivo, não se aplica o previsto no art. 511, *caput*, e, conseqüentemente, seus recursos não têm aptidão de ser considerados desertos.

Com relação à isenção concedida às pessoas jurídicas de direito público componentes da “administração pública *direta* ou *indireta*” (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), a disposição agride, a olhos vistos, o “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Não há nada que justifique que estas pessoas, quando litigantes, estejam dispensadas de pagar as custas processuais em geral e, em específico, as custas relativas aos recursos, inclusive o porte de remessa e retorno dos autos. A questão é tanto mais importante de ser levantada porque a isenção vai além da regra codificada, sendo prevista também na legislação processual civil extravagante, assim o art. 24-A da Lei n. 9.028/1995 (sobre ele: STJ, 1ª Seção, REsp 1.151.364/PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 24.2.2010, DJe 10.3.2010 – Recurso Especial Repetitivo) e o art. 1º-A da Lei n. 9.497/1997, abordados pelo n. 5.1 do Capítulo 7 e pelo n. 5.2 do Capítulo 1 da Parte II.

A explicação usual quanto à dispensa de que, em última análise, a União e os Estados estariam a pagar as custas para si próprios, já que litigam perante estruturas administrativas que mantêm orçamentariamente, não convence, com o devido respeito. Os orçamentos do Judiciário, federal ou estaduais, não se confundem com o da União e com os dos Estados, tema que foi reavivado intensamente após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que

obrigou, inclusive, que as custas judiciais sejam aplicadas, apenas e tão somente, nos próprios serviços e atividades forenses (art. 98, § 2º, da Constituição Federal; v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Ademais, há casos em que a União está autorizada a litigar perante a Justiça Estadual (art. 109, § 3º, da Constituição Federal; v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I) ou que os Estados litigam perante a Justiça mantida por cofres federais, como se dá, dentre outras hipóteses, quando seus recursos são apresentados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

Urge, portanto, que a comunidade jurídica se debruce sobre dispositivos como estes – que, lamentavelmente, não são poucos – e que, às claras, agridem o “modelo constitucional do direito processual civil”, cabendo aos magistrados, de todos os níveis, que passem a declarar a *deserção* dos recursos não preparados das pessoas de direito público, reconhecendo a inconstitucionalidade das regras que as isentam do recolhimento destes valores.

Neste sentido, não há como concordar com o entendimento que acabou se convertendo na Súmula 483 do STJ, segundo a qual “O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública”. Se, é certo, o enunciado não traz, em rigor, nenhuma novidade, porque, sendo o INSS autarquia, já estava sujeito à isenção do dispositivo codificado – e, para os mais céticos, a lembrança do art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180/2001 e, principalmente, do art. 8º, § 1º, da Lei n. 8.620/1993 não parece ser desnecessária (STJ, CE, REsp 1.101.727/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 2.8.2010, DJe 23.8.2010 – Recurso Especial Repetitivo) –, a questão não deve ser resolvida tão só no plano infraconstitucional. A discussão, como propõem os parágrafos anteriores, deve ter início (como tudo no Direito, aliás,) a partir do “modelo constitucional”.

Mais consentânea com a crítica aqui feita à Súmula 178 do STJ, máxime porque leva em conta a distinção entre a Justiça Federal e as diversas Justiças Estaduais. Seu enunciado é o seguinte: “O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual”.

No âmbito do Estado de São Paulo, onde o tema é tratado pela Lei Estadual n. 11.608/2003, cabe distinguir, ademais, o preparo do porte de remessa e retorno dos autos (art. 2º, II, da referida Lei), o que se encontra em estreita sintonia com o disposto no *caput* e no § 1º do art. 511 do Código de Processo Civil. Mesmo que se queira isentar a Fazenda Pública (aí compreendidas as autarquias) do pagamento do primeiro, não há espaço legal – mesmo para quem não aceitar o entendimento exposto pelo parágrafo anterior – para isentá-la do segundo. Neste sentido, julgando desertos recursos do INSS pela falta de recolhimento do porte de remessa e retorno diante da referida disciplina legislativa, v. o bem fundamentado acórdão da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ap 994.09.022447-7/Diadema, rel. Des. Amaral Vieira, j.un. 9.3.2010 (*Boletim AASP* 2744).

É correto o entendimento de que cabe requerer a isenção do pagamento do preparo ao ensejo da apresentação do recurso com fundamento na Lei n. 1.060/1950 (justiça gratuita), caso pedido neste sentido não tenha sido feito anteriormente. E que o pedido seja realizado na própria petição de interposição do recurso. A questão já foi aceita pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ressaltando, apenas, que a iniciativa não pode ser empregada para burlar eventual deserção aplicada anteriormente. Trata-se do AI-AgR 652.139/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 22.5.2012, DJe 30.5.2012.

## **2.8. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo**

Para serem admitidos, os recursos não podem esbarrar no que pode ser denominado, sempre com vistas ao paralelo anunciado pelo n. 2, *supra*, “pressupostos *negativos* de admissibilidade”. Não pode haver fato *impeditivo* nem fato *extintivo* do direito de recorrer.

“Fato *impeditivo*” é a desistência do recurso quando ele já tiver sido interposto. Em tal caso, de acordo com o art. 501, o recorrente não precisa da concordância do recorrido ou dos litisconsortes para concretizar a sua vontade. A exteriorização de sua vontade, aliás, produz efeitos imediatos no processo e independe de homologação judicial (art. 158; v. n. 4.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Não se aplica aqui o § 4º do art. 267, que exige, para a desistência da “ação”, concordância do réu, quando já citado

(STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.014.200/SP, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 7.10.2008, DJE 29.10.2008). A distinção justifica-se porque na desistência do recurso o que passa a vigorar é a decisão recorrida, que, na extensão em que proferida, impõe-se, substituindo a vontade das partes. Antes de seu proferimento – é esta a perspectiva do § 4º do art. 267 –, ao réu interessa que a decisão seja proferida em seu favor. De qualquer sorte, nos casos em que houve desistência da “ação” ou, mais do que isto, renúncia ao próprio direito controvertido pelo autor (art. 269, V; v. ns. 3.1.6 e 3.2.5 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I, respectivamente) ou reconhecimento do pedido pelo réu (art. 269, II; v. n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I), tais fatos, em si mesmos considerados, afastam a apresentação do recurso por quem o praticou. São também, nesta perspectiva, *impeditivos* do direito de recorrer.

A desistência do recurso pode verificar-se desde que o recurso seja interposto até o início de seu julgamento (STF, Pleno, Rcl-QO 1.503/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 26.3.2009, DJe 5.6.2009), que se dá com o seu pregão na sessão respectiva (v. n. 6 do Capítulo 5), embora haja julgado mais recente, da 1ª Turma do STF, que entende como termo *ad quem* para a desistência o pronunciamento final do julgamento (AI-AgR-ED 773.754/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j.un. 10.4.2012, DJe 21.5.2012).

A respeito da questão, não há, com o devido respeito, como concordar com o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.308.830/RS, rel. Min. Nancy Andriahi, j.un. 8.5.2012, DJe 19.6.2012) que indeferiu pedido de desistência do recurso formulado antes do início do julgamento alegando haver “interesse público” na sua realização pelo elevado número de interessados no desfecho do mesmo. A hipótese sequer era de “recurso especial repetitivo” (v. n. 4.4 do Capítulo 11), sendo certo que, mesmo naquela disciplina, a melhor solução seria a de permitir a desistência do recurso, devendo ser selecionado outro, em substituição, para julgamento.

Por “fatos *extintivos*” deve-se entender a renúncia ao recurso ainda não interposto (art. 502) e a aquiescência à decisão (art. 503).

A renúncia é a abdicação do direito de recorrer e, por isto, pressupõe recurso ainda não interposto de decisão já proferida. Quando o recorrente já interpôs o recurso, ele pode *desistir* dele, como expressamente admite o art.

501. A exemplo da *desistência*, contudo, o art. 502 admite que a *renúncia* se concretize independentemente da aceitação do recorrido. Também ela surte seus efeitos no plano do processo imediatamente, sem necessidade de prévia homologação judicial (art. 158).

A aquiescência, isto é, a concordância com a decisão, tal qual proferida, é significativa de algum comportamento da parte (ou, se for o caso, do terceiro) incompatível com o direito de recorrer, que pode ser expresso ou tácito, como se lê do *caput* do art. 503.

A aquiescência será *expressa* quando a parte ou terceiro que experimentou gravame com a decisão manifestar-se, de maneira inequívoca, concorde com a decisão. É o caso, por exemplo, de o sucumbente peticionar nos autos aceitando a decisão tal qual proferida e requerendo ao magistrado instruções para seu cumprimento.

Ela será *tácita*, lê-se do parágrafo único do art. 503, quando o recorrente praticar atos que demonstrem, sem nenhuma reserva, o seu propósito de não recorrer, mas que não revelem ser esta a sua vontade manifesta. Assim, por exemplo, quando aquele que tem interesse em recorrer paga o valor reconhecido como devido na sentença à parte contrária para não incidir na multa do art. 475-J, *caput*, sem fazer nenhuma ressalva quanto ao seu propósito de contrastar a decisão, não obstante as considerações feitas pelo n. 2.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3 a propósito do tema. Os casos alcançados pelo dispositivo ora examinado impõem interpretação *restritiva* e que se deixe de reconhecer a ocorrência do pressuposto recursal *negativo* em caso de dúvidas sobre a real intenção daquele que poderia recorrer.

### 3. JUÍZO DE MÉRITO

Como destacado pelo n. 1, *supra*, os recursos, a par de um “juízo de *admissibilidade*” que lhes é próprio, têm, também, um “juízo de *mérito*”, a ser entendido como o *pedido* que faz o recorrente ao órgão competente para julgamento do recurso. Não se trata mais de um pedido de tutela jurisdicional, como se dá com a incoação do Estado-juiz, mas de um pedido de reexame, no sentido proposto pelo n. 2 do Capítulo 1, de quaisquer decisões proferidas pelos variados órgãos jurisdicionais, para constatar em que medida elas foram proferidas corretamente do ponto de vista *processual*

e, até mesmo, mais especificamente, *procedimental*, e também do ponto de vista *material*.

Reflexo do “princípio da inércia da jurisdição” no plano dos recursos é que o órgão *ad quem* somente pode apreciar a matéria impugnada pelo recurso. Os mesmos temperos que o direito público impõe àquele princípio, contudo, também se fazem presentes no âmbito recursal, sendo legítima a atuação oficiosa do órgão *ad quem* nos casos de “matérias de ordem pública”, desde que tenha havido proferimento de juízo *positivo* de admissibilidade. Trata-se do que os ns. 6 e 7 do Capítulo 4 rotularam, respectivamente, de “efeito *devolutivo*” e “efeito *translativo*”.

São duas as espécies de vícios que podem ensejar a interposição de um recurso, a partir de clássica distinção largamente empregada: o chamado vício de *juízo* (ou de julgamento), comumente identificado pela expressão latina “*error in iudicando*” e vício de *atividade*, designado em geral pela expressão latina “*error in procedendo*”, cada qual correspondendo a uma diversa operação mental a ser desempenhada pelo órgão *ad quem* quando do julgamento do recurso.

O vício de juízo (ou de julgamento) denota que o recorrente pretende que o órgão *ad quem* reexamine a decisão recorrida porque ela apreciou e aplicou mal o direito e/ou o fato no caso concreto, e essa circunstância enseja o proferimento de uma *nova* decisão, capaz de se impor à anterior, substituindo-a, reformando-a. Em tais casos, o mérito do recurso é a obtenção de uma decisão a ser proferida, desde logo, pelo órgão competente para tanto porque o julgamento por ele feito tem o condão de *substituir* a decisão anterior.

O vício de atividade, por sua vez, significa que o recurso se volta a questionar não, propriamente, a decisão, em si mesma considerada, é dizer, a sua *qualidade*, mas o *procedimento* que foi observado até o seu proferimento; a decisão é, neste sentido, *formalmente* e não *materialmente* errada, de forma diversa do que se dá nos casos de vício de juízo. Por exemplo, um magistrado, indeferindo o pedido de produção de provas feito pelo réu, acolhe integralmente o pedido de tutela jurisdicional feito pelo autor. Aqui, o recorrente não busca o proferimento de uma nova decisão, que substitua a anterior, mas, ao invés, a sua anulação (ou invalidação) pelo órgão *ad quem*, viabilizando, com isto, que uma nova decisão seja proferida

pelo órgão *a quo* com a correção de sua atividade. A decisão recorrida, assim, deixa de existir juridicamente mas não é substituída de imediato por outra proferida pelo órgão julgador. A função do recurso, em tais casos, não é *substitutiva*, e sim meramente *rescindente*. A distinção é acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como demonstram as seguintes decisões: STJ, 4ª Turma, REsp 1.236.732/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 16.6.2011, DJe 24.6.2011 e STJ, 1ª Turma, REsp 915.805/SC, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 2.6.2009, DJe 1.7.2009.

É desejável, por isto mesmo, um paralelo entre o julgamento *substitutivo* e os *erros in iudicando* e entre o julgamento *rescindente* e os *erros in procedendo* de que tratam os parágrafos anteriores. É esta a segura lição de José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 406): “A função substitutiva corresponde aos casos de recurso interposto com fundamento em *error in iudicando*; a puramente rescindente, aos casos de recurso interposto com fundamento em *error in procedendo*”.

Diversamente do que se poderia supor, contudo, nada há que impeça, muito pelo contrário, que o recorrente se volte a uma decisão questionando, ao mesmo tempo, vícios de *atividade* e de *julgamento*, isto é, *erros in procedendo* e *erros in iudicando*, respectivamente. Em tais casos, o exame dos *erros in procedendo* devem anteceder a avaliação dos *erros in iudicando* porque aqueles, diferentemente destes, têm o condão de interferir na própria regularidade do processo e da subsistência *formal* da decisão recorrida. Se, contudo, rejeitadas as alegações do recorrente ou, a depender do vício levantado, caso seja possível, de imediato, a sua correção (art. 515, § 4º; v. n. 6.1 do Capítulo 5), o órgão *ad quem* passará ao exame dos demais vícios, acolhendo-os ou rejeitando-os e, por conseguinte, reformando ou mantendo a decisão recorrida. A diretriz é agasalhada, embora de forma tímida, pelo *caput* do art. 560 (v. n. 6.1 do Capítulo 5) e, mais especificamente, pelo *caput* do art. 523 e pelo parágrafo único do art. 559, ao impor que, havendo recurso de agravo e apelação a serem julgados na mesma sessão de julgamento, que a apreciação daquele preceda a deste.

O mérito recursal pode consistir, portanto, na *reforma* da decisão recorrida e, também, na sua *anulação*. No específico caso dos embargos de declaração, o mérito relaciona-se com a eliminação das contradições, obscuridades ou omissões que porta a decisão embargada (art. 535; v. n. 5

do Capítulo 8). Aqui também, a exemplo do que se dá no plano da “ação” (v. n. 2 do Capítulo 1), é o *pedido* (a impugnação formulada no recurso interposto) formulado pelo recorrente que provoca e delimita a atividade judicante do órgão *ad quem*, ressalvados os casos em que o sistema admite legitimamente a atuação oficiosa do órgão competente para o julgamento do recurso (v. n. 7 do Capítulo 4). Tanto assim que é plenamente legítimo que o recorrente impugne apenas em parte a decisão que lhe é desfavorável, circunstância que enseja a construção dos “recursos *parciais*” em contraposição aos “recursos *totais*” de que trata o n. 4.1 do Capítulo 1.

O exame do “mérito” que importa para o estudo dos recursos é, por conseguinte, a constatação do que o recorrente pretende com o seu recurso. O mérito recursal corresponde ao próprio conteúdo da impugnação dirigida à decisão recorrida e, por esta razão, é irrecusável sua relação com o “efeito *devolutivo*”, objeto de exame pelo n. 6 do Capítulo 4. A matéria que, legitimamente pode ser enfrentada de ofício pelo órgão *ad quem*, vale a ênfase, relaciona-se com fenômeno diverso, parelho ao “princípio inquisitório”, o “efeito *translativo*” (v. n. 7 do Capítulo 4).

Não há necessária coincidência entre o “mérito *recursal*” e o “mérito da *demand*”. Pode até ser que ela se verifique, quando, por exemplo, o autor volta-se à sentença que rejeitou o seu pedido de tutela jurisdicional e pretende aquela outorga com o acolhimento de seu recurso, mas não se trata de uma constante teórica ou prática. O mérito do recurso pode ser o reconhecimento da ilegitimidade de uma das partes, o que, para o plano do processo, é questão *preliminar* (v. n. 2.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I).

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não há uniformidade entre os autores sobre quais são os efeitos dos recursos. Dois deles – o “efeito *devolutivo*” e o “efeito *suspensivo*” –, é certo, despertam maior concordância entre os autores, mas, quanto aos demais, o tema está longe de encontrar a unanimidade. Parece, até mesmo, haver unanimidade na doutrina quanto a ser o efeito *devolutivo* inerente à ideia de recurso porque é na verificação do inconformismo – e de sua exata medida – que repousa a própria concepção de recurso. Todos os demais, contudo, inclusive o “efeito *suspensivo*”, dependem não tanto da natureza jurídica do ato processual como recurso, mas do direito positivo de cada país.

A proposta do *Curso* é apresentar o rol que parece ser o mais completo para viabilizar um maior questionamento sobre as várias facetas da *interposição* – até porque cabe ao órgão *a quo* pronunciar-se sobre os *efeitos* com que recebe o recurso (art. 518, *caput*) – e do *julgamento* dos recursos.

A exposição seguinte observa este critério: os números 2 a 5 voltam-se à apresentação e ao exame dos efeitos relativos à *interposição* dos recursos, assim os efeitos *obstativo*, *suspensivo*, *regressivo* e *diferido*. Em seguida, os números 6 a 9 tratam dos efeitos relativos ao *julgamento* dos recursos, quais sejam, os efeitos *devolutivo*, *translativo*, *expansivo* e *substitutivo*. Um tal critério de exposição, embora não usual na nossa doutrina, mostra-se bastante didático e apto a criar melhores condições para compreender algumas das reflexões constantes em cada um dos pontos aqui estudados.

### 2. EFEITO OBSTATIVO

A *interposição* de todo e qualquer recurso cria um primeiro efeito (primeira *consequência*, de acordo com uma visão mais crítica do assunto) que é o de obstar a ocorrência de *preclusão* e, a depender da decisão, a ocorrência de “coisa julgada *formal*” ou “coisa julgada *material*”, consoante o caso (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). Trata-se do “efeito *obstativo*”.

Este, que poderia parecer um “efeito” desnecessário de ser expressamente apontado para os recursos, mostra-se importante pela própria concepção do que é recurso para o direito positivo brasileiro. Como exposto pelo n. 3 do Capítulo 1, o caráter recursal relaciona-se intimamente com o inconformismo manifestado no *mesmo* processo. Não basta, assim, que haja o inconformismo de alguém diante de decisão jurisdicional causadora de algum gravame para se ter um *recurso*. Para que a manifestação do prejudicado assuma foros recursais, é mister que seu inconformismo – a par, evidentemente, de outros tantos pressupostos amplamente estudados e sistematizados pela nossa doutrina sob o rótulo de “juízo de admissibilidade recursal”, assunto ao qual se dedica o Capítulo 3 – manifeste-se no *mesmo* processo.

Assim, como forma de manter a *litispendência*, isto é, manter vivo o processo em que proferida a decisão, fundamental compreender, sistematicamente, que a interposição do recurso significa óbice para a preclusão e, se for o caso, da coisa julgada, formal ou material.

Outro desdobramento importante do efeito aqui estudado reside no entendimento proposto por este *Curso* de que os efeitos *declaratórios*, típicos do “juízo de admissibilidade recursal”, não podem retroagir no plano do processo. Assim, é suficiente a *interposição* do recurso para que a preclusão ou a coisa julgada não ocorram. Se o recurso será, a final, *conhecido*, é questão diversa, que não modifica o alcance desse efeito, verdadeira consequência da interposição do recurso. A pensar diferentemente, o “efeito *obstativo*” dependeria, em qualquer situação, do *conhecimento* do recurso, o que, pelas razões expostas pelo n. 1 do Capítulo 3, não se coaduna com o princípio da segurança jurídica e, pelas considerações lá expostas, com o princípio da economia e eficiência processuais.

### 3. EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo, ao lado do efeito devolutivo, é “efeito recursal” descrito por toda doutrina. O *devolutivo*, coessencial à natureza recursal; o *suspensivo*, fruto de opções políticas de cada ordenamento jurídico.

Considerando o critério adotado para a exposição, o exame do efeito devolutivo é realizado pelo n. 6, *infra*, porque sua função mais relevante dá-se no *juízo* do recurso, e não, propriamente, na sua *interposição*. Isto, contudo, não significa dizer que, para o próprio recebimento do recurso, o juízo *a quo* não tenha o dever de verificar o que foi e o que não foi impugnado (expressão mais típica do efeito devolutivo), até como forma de realizar adequadamente o juízo de admissibilidade recursal. O que releva destacar para justificar a ordem da exposição é que os limites da impugnação – e demais circunstâncias daí sistematizadas – é que guiarão o *juízo* do recurso. Só isto e nada mais.

O real significado de efeito suspensivo não pode ser extraído de sua própria denominação; não, pelo menos, em todos e quaisquer casos.

A afirmação do parágrafo anterior justifica-se porque o efeito suspensivo pode ser entendido – à risca – como se a interposição do recurso tivesse o condão de *suspender* os efeitos da decisão recorrida, os quais, nessa perspectiva, pressupõem-se em franca produção, o que, seguindo a melhor doutrina que sobre o assunto já se manifestou, não é verdadeiro em todas as situações. É, por exemplo, o que se dá no caso do agravo de instrumento (art. 558, *caput*; v. n. 3.4.3 do Capítulo 7), mas não é o que se verifica em outros recursos.

Há situações em que o “efeito suspensivo” significará, diferentemente, que a interposição do recurso e, mais do que isto, a mera sujeição de uma dada decisão à interposição de um recurso, não têm aptidão de surtir seus efeitos principais. É o caso, para fazer referência ao mais comum, do efeito suspensivo da apelação (art. 520; v. n. 4.2 do Capítulo 6). Tanto que mais de um autor refere-se a esta situação como efeito *impeditivo* do recurso, para melhor descrevê-la. A denominação “efeito suspensivo”, contudo, é a amplamente vencedora na nossa doutrina, na nossa jurisprudência e na nossa prática judiciária, razão que conduz este *Curso* a adotá-la.

Superada a questão terminológica, o efeito suspensivo guarda relação direta (e única) com a aptidão de a decisão recorrida surtir, desde logo, seus

efeitos ou, diversamente, ter a produção de seus efeitos diferida para um momento futuro: o do esgotamento *in albis* do prazo recursal ou, julgado o recurso com efeito suspensivo interposto, dado início a um segmento recursal que não tenha efeito suspensivo.

Por “efeitos das decisões”, importa destacar que eles devem ser entendidos como os “executivos” e/ou “não executivos” a que se refere o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, ou, de acordo com a formulação tradicional, declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos *lato sensu* e mandamentais. É ultrapassado o entendimento que, preso à letra do art. 521, só admite “execução provisória” (isto é, *eficácia imediata* da decisão) de decisões *condenatórias*, consoante demonstra o n. 1 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3.

É errada a prática – que leva a inevitáveis equívocos – de tratar o efeito suspensivo como a contraface do efeito devolutivo. Daí os comuns “despachos” de recebimento de recurso (e tais despachos são verdadeiras *decisões*) em que o ato é recebido “só” no efeito “devolutivo” como se isto, por si só, significasse que o recurso não tem (ou não pode ter, como está exposto em seguida), *também* efeito suspensivo.

Certo que, a propósito do tema ventilado pelo parágrafo anterior, a letra da própria lei processual civil (art. 520, *caput*) induz a erro. Na segunda parte do dispositivo, lê-se que a apelação será recebida “só no efeito devolutivo”, quando, na verdade, o que se quer dizer – e o que deve, inexoravelmente, ser entendido – é que os casos descritos nos *seis* incisos que se seguem *não têm efeito suspensivo*, isto é, as sentenças lá descritas podem, desde logo – e independentemente do transcurso do prazo recursal, vale a pena frisar –, surtir seus regulares efeitos, sendo possível ao interessado promover a execução provisória, como lhe autorizam os arts. 475-I, § 1º, e 521, observando-se a disciplina do art. 475-O, objeto de exame pelo Capítulo 6 da Parte I do vol. 3.

A ausência (por hipótese) de efeito devolutivo não significa a existência de efeito suspensivo, e a ausência deste não significa a existência daquele: efeito devolutivo não se contrapõe a efeito suspensivo e vice-versa. Correta, neste sentido, a observação feita por Marcelo de Olmo (*La apelación en el juicio ejecutivo y en la ejecución de sentencia*, p. 18 e 20), com base nas lições de Manuel Ibañez Frocham, de que “*Considerar como opuestos el*

*efecto devolutivo y el suspensivo es un equívoco teminológico en que incurren algunos Códigos Procesales modernos. Es necesario diferenciar, como dos categorías distintas, el efecto no suspensivo y el devolutivo” (...)* “Al efecto devolutivo no se lo opone el efecto suspensivo, sino el no devolutivo”.

Relacionando o efeito suspensivo ao *impedimento* de produção imediata dos efeitos da decisão recorrida importa destacar que este estado de ineficácia se prolonga até a publicação da decisão sujeita ao recurso, isto é, até o momento em que as partes sejam regularmente intimadas de seu proferimento, mantendo-se até o julgamento do recurso e publicação (intimação) da decisão que julgá-lo, observando-se, a partir daí, o que o sistema reserva para os eventuais novos recursos porventura cabíveis. Quando o recurso cabível não tem, por força de lei, “efeito suspensivo”, os efeitos da decisão são imediatos.

Apesar da aparente rigidez decorrente de alguns dispositivos do Código de Processo Civil e que são estudadas no seu devido lugar – assim, o art. 520 para a apelação (v. n. 4.2 do Capítulo 6) e os arts. 497 e 542, § 2º, para o recurso extraordinário e para o recurso especial (v. n. 8.2 do Capítulo 11) –, o melhor entendimento é o de que cabe ao magistrado, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, modificar o efeito suspensivo abstratamente previsto pelo legislador, concedendo-o quando a lei não o previu e, inversamente, retirando-o em casos que a lei o concebeu, negando, conseqüentemente, executividade imediata à decisão.

Tomando como ponto de partida de reflexão o disposto no art. 520, como regra inerente à teoria geral dos recursos e não só à apelação (v. n. 1 do Capítulo 1), há, até mesmo, aqueles, como Flávio Cheim Jorge (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 207-208), que se referem a um “*princípio da ineficácia das decisões recorríveis*” que, pelo menos no que diz respeito às *sentenças*, independentemente de seu conteúdo (arts. 267 e 269), é verdadeiro. É inegável que a maior parte dos recursos de *apelação* tem, à luz do direito positivo brasileiro, efeito suspensivo, dando margem à construção de uma tal diretriz.

Disto não decorre, no entanto, que não haja condições de *flexibilização* daquela *regra*. Ao contrário do que uma leitura isolada do art. 520 pode revelar, sua interpretação, isto é, sua leitura *contextualizada*, levando-se em

conta o *sistema* processual civil, conduz a interpretação em sentido radicalmente oposto, vale dizer: quando a apelação tem efeito suspensivo, é possível ao magistrado extraí-lo; quando a apelação não tem efeito suspensivo, é possível ao magistrado atribuí-lo. Prova segura da afirmação reside não só no parágrafo único do art. 558 mas também no art. 273 e no inciso VII do art. 520.

Não há como sustentar que, em um Código de Processo Civil, forte na concretização do “princípio da efetividade do processo” (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), e do “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), possam conviver decisões proferidas com base em cognição sumária – as que antecipam os efeitos da tutela jurisdicional com base no art. 273, por exemplo –, que têm, por isto mesmo, efeitos imediatos e decisões que, posto serem proferidas com base em cognição *exauriente*, não têm quaisquer efeitos até o instante em que confirmadas ou rejeitadas pelos Tribunais, mercê de eventual segmento recursal, como se dá, em regra, na apelação e, a partir de uma leitura presa ao texto da lei, nos casos em que incide o reexame necessário do art. 475 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III). A “segurança jurídica”, que dá sustentação, não há por que duvidar disto, ao “efeito *suspensivo*”, deve ceder espaço, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, a outros princípios do “modelo constitucional do direito processual civil”, tais como os destacados.

Em todos os casos, contudo, a previsão legal ou sistemática do efeito suspensivo – a “regra”, por assim dizer – pode e *deve* ser alterada pelo magistrado à luz das necessidades e das circunstâncias de cada caso concreto que lhe é apresentado para solução. A aplicação *ope judicis* no caso do efeito suspensivo tem o condão de alterar, casuisticamente, a previsão abstrata daquele efeito realizada pelo legislador, iniciativa que se sintoniza perfeitamente com o “modelo constitucional do direito processual civil”. É o momento *estático* do ordenamento processual civil convertendo-se em sua *dinâmica* (v. n. 2.6.6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

Não há mais, portanto, rigidez no que diz respeito ao efeito suspensivo dos recursos. O que há, bem diferentemente, é a possibilidade sistemática de esse efeito ser afastado ou concedido caso a caso, consoante sejam demonstradas ao magistrado determinadas situações concretas de risco e de

plausibilidade de direito. Ao lado de um sistema *legal* que prevê, em determinados casos, o efeito suspensivo (*ope legis*), é absolutamente correto o entendimento de que o direito processual civil da atualidade possui um inequívoco sistema *ope judicis* – dependente, pois, da atuação concreta, caso a caso, do *magistrado* – de retirada e de concessão deste mesmo efeito. Ao assunto, voltam-se diversas passagens deste *Curso*, em especial o n. 3.2 do Capítulo 5, com relação ao exercício do “dever-poder geral de cautela” ou do “dever-poder geral de antecipação” no plano dos Tribunais, e os ns. 4.2.9 e 4.2.10 do Capítulo 6, com relação à apelação.

## 4. EFEITO REGRESSIVO

Outro efeito recursal referido por Alcides de Mendonça Lima (*Introdução aos recursos cíveis*, p. 288) e que diz respeito à *interposição* do recurso é o “efeito *regressivo*”. De acordo com este efeito, é dado ao próprio juízo de interposição do recurso julgá-lo, tema de inegável atualidade, diante da Lei n. 11.187/2005, que veda, no parágrafo único que acrescentou ao art. 527, o “agravo *interno*” da decisão do relator que determina a conversão do agravo de instrumento em retido ou que indefere o pedido de efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal, considerando que a nova regra se refere à possibilidade de sua “*reforma* no momento do julgamento”. Ao tema, volta-se o n. 3.5 do Capítulo 7. É certo, contudo, que o “efeito *regressivo*” é ínsito ao recurso de agravo independentemente de sua modalidade.

O exemplo tradicional do efeito *regressivo* no Código de Processo Civil de 1973, de qualquer sorte, é o agravo na forma retida. Com a interposição de tal recurso, é dado ao juízo prolator da decisão que se *retrate* dela, ocasião em que deverá ser, previamente, instaurado o contraditório, na forma como determina expressamente o art. 523, § 2º. Nem poderia ser diferente, à luz da incidência, na espécie, dos princípios da ampla defesa e do contraditório (v. n. 2.2 do Capítulo 7). É certo, contudo, que o “efeito *regressivo*” é ínsito ao recurso de agravo independentemente de sua modalidade.

Situação interessante que bem ilustra a utilidade e a pertinência do *destaque* deste chamado “efeito *regressivo*” está na possibilidade de o juízo prolator da decisão vir a modificá-la por causa do acolhimento de embargos

de declaração, como decorrência *necessária* do reconhecimento da ocorrência de um dos vícios que ensejam sua interposição e da impossibilidade de eles conviverem com a decisão originalmente proferida (v. n. 4.1 do Capítulo 8). Mesmo sem efeitos modificativos, contudo, como o julgamento dos embargos de declaração é de competência do próprio órgão prolator da decisão, o efeito regressivo, em tais recursos, é completo.

Um outro caso em que se verifica o efeito *regressivo* está na regra do parágrafo único do art. 296. De acordo com o dispositivo, acrescentado pela Lei n. 8.952/1994, o juízo pode, apreciando o recurso de apelação interposto de sentença que haja rejeitado *liminarmente* a petição inicial, retratar-se – o que fará no prazo *impróprio* de quarenta e oito horas –, e, caso contrário, determinará, de imediato, a remessa dos autos ao Tribunal, independentemente da citação do réu. Também o § 1º do art. 285-A, acrescentado pela Lei n. 11.277/2006, admite o efeito *regressivo* na apelação interposta contra a sentença de rejeição liminar da petição inicial nas hipóteses que indica em seu *caput*. Estes dois casos são estudados pelos ns. 7.1 e 7.2 do Capítulo 6.

## 5. EFEITO DIFERIDO

Ainda na linha expositiva de Alcides de Mendonça Lima (*Introdução aos recursos cíveis*, p. 289), é possível fazer referência a um “efeito *diferido*” dos recursos naqueles casos em que o seu processamento, isto é, a sua tramitação, o seu seguimento, depende da interposição e do recebimento de outro recurso. Assim se dá, para fazer referência ao exemplo clássico, com o “recurso adesivo”, regulado pelo art. 500 (v. n. 4.4 do Capítulo 1).

O recurso adesivo, que pode ser interposto nos casos de apelação, embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário (art. 500, II), depende, para ser conhecido e julgado, do conhecimento do “recurso *principal*” ao qual o recorrente adesivo adere (art. 500, III). Neste sentido, seu juízo de admissibilidade definitivo fica *diferido*, isto é, *postergado* para momento procedimental futuro, quando declarado admissível o outro recurso, o chamado “principal”.

Não é errado, para dar maior utilidade ao efeito aqui examinado, trazer para seus domínios o agravo retido. Nos casos em que não se opere o efeito “regressivo”, de que deu notícia o n. 4, *supra*, é possível, à luz do art. 523, §

1º, sustentar que o *conhecimento* do agravo retido depende da reiteração expressa pelo agravante em razões ou contrarrazões de apelação.

## 6. EFEITO DEVOLUTIVO

O efeito devolutivo, dizem os especialistas da matéria, caracteriza os recursos como tais. É de sua própria essência – da ontologia do recurso, portanto – que ele se corporifique no inconformismo de alguém diante de uma situação mais prejudicial ou menos benéfica do que, legitimamente, se poderia esperar, criada por uma decisão judicial no mesmo processo.

É neste sentido que o efeito devolutivo é entendido como uma projeção, no plano do segmento recursal, do princípio *dispositivo*, que, ainda hoje, é basilar do sistema processual civil codificado (assim, apenas para exemplificar, os arts. 2º, 128, 262 e 460, *caput*, do Código de Processo Civil; v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) e, nestas condições, opõe-se ao chamando princípio *inquisitório* do qual trata o n. 7, *infra*, a propósito do exame do chamado “efeito *translativo*” dos recursos.

A própria nomenclatura, “efeito *devolutivo*” acaba por denotar esta ideia, já que a “devolução” aí retratada se relaciona aos tempos antigos, em que a função jurisdicional era delegação do monarca a delegados seus e em que os recursos interpostos de suas decisões *devolviam*, no sentido próprio do termo, a ele, a possibilidade de exercício do poder delegado. É esta a razão pela qual Alcides de Mendonça Lima prefere o nome “efeito de *transferência*”, que melhor descreve o fenômeno no sistema processual civil moderno. De qualquer sorte, a denominação “efeito *devolutivo*”, consagrada pelo uso e pela legislação, é a adotada por este *Curso*, até porque, como acaba por sugerir o próprio processualista (*Introdução aos recursos cíveis*, p. 286), “a devolução (...) deve ser entendida em face do Poder Judiciário, em sua estrutura e em sua unidade: o recorrente provoca, novamente a manifestação do Poder Judiciário a respeito da matéria controvertida, por via do recurso hábil. Com esta solução, simples e prática, afastam-se as digressões e divergências, doutrinárias e técnicas, sobre quais os recursos que ensejam, ou não, a devolução. Todos, por este raciocínio, devolvem o conhecimento nos limites estabelecidos em lei para cada espécie”.

O efeito devolutivo pode ser estudado a partir de dois ângulos diversos, com relação à sua *extensão* e com relação à sua *profundidade*.

A *extensão* do efeito devolutivo relaciona-se com a ideia do que é e do que não é impugnado pelo recorrente. Trata-se, portanto, da *quantidade* de matéria questionada em sede recursal e que será, conseqüentemente, apreciada pelo órgão *ad quem*. O *caput* do art. 515 e seu § 1º, embora inseridos como regras da apelação (v. n. 4.1 do Capítulo 6), dão a exata compreensão da *extensão* do efeito devolutivo para todos os recursos.

De acordo com o primeiro, o sistema processual civil adotou de forma expressa a concepção usualmente descrita pela expressão latina “*tantum devolutum quantum appellatum*”, já que determina que o objeto da “devolução” se vincula ao que foi objeto de impugnação pelo recorrente. Tanto assim que o art. 505 admite que o recurso seja *total* ou *parcial*, isto é, que a decisão desfavorável ao recorrente seja questionada na sua integralidade ou, apenas, em uma ou mais de uma de suas partes (v. n. 4.1 do Capítulo 1). Mesmo o art. 512, que se ocupa do “efeito *substitutivo*” (v. n. 9, *infra*), refere-se a que esta *substituição* se dê em relação ao que “tiver sido objeto do recurso”.

A *profundidade* do efeito devolutivo diz respeito aos fundamentos e às questões que foram, ou não, analisados pela decisão recorrida e que viabilizam seu contraste em sede recursal, relacionando-se, assim, com a *qualidade* da matéria impugnada em sede de recurso e que poderá ser reapreciada pelo órgão *ad quem*. Dele se ocupa o § 2º do art. 515, que, a despeito de sua localização no Código de Processo Civil, não se restringe ao recurso de apelação (v. n. 1 do Capítulo 1). De acordo com o dispositivo, naqueles casos em que a decisão acolher apenas um dos vários fundamentos, o recurso “devolverá” ao Tribunal o conhecimento de todos os demais. Nesse sentido, em sede de Recurso Especial Repetitivo, já decidiu a 1ª Seção do STJ no REsp 1.030.817/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 25.11.2009, DJe 18.12.2009.

A palavra “fundamentos” está aí por “causas de pedir”, e não, apenas, como argumentos retóricos dos litigantes ou do próprio prolator da decisão (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I). Assim, se o pedido do autor é de despejo fundado na falta de pagamento e na infração contratual (distúrbios ao direito de vizinhança, por exemplo), o acolhimento do pedido relativo à falta de pagamento não impede que o Tribunal reexamine também a questão relativa à infração contratual e o faça independentemente de

pedido expresso do apelante. Neste sentido, corretamente, já decidiu o STJ, como faz prova o quanto julgado pela 1ª Turma no REsp 1.201.359/AC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 5.4.2011, DJe 15.4.2011.

Dúvida que existe na doutrina diz respeito à correta interpretação do art. 516, mormente quando confrontando com o § 1º do art. 515.

Este *Curso* filia-se ao entendimento de Nelson Nery Jr. (*Teoria geral dos recursos*, p. 482-486) no sentido da inocuidade daquele dispositivo, porque, pelo sistema do Código de Processo Civil, em especial pela combinação dos princípios dispositivo e inquisitório, que permeiam todo o desenvolvimento do processo, e, como não poderia deixar de ser, também a fase recursal, todas as questões anteriores à sentença “ainda não decididas” serão *transferidas* para reexame pelo Tribunal na medida em que possam ser reexaminadas, isto é, na medida em que, sobre elas, não tenha havido preclusão ou porque sobre elas não se pode verificar a preclusão por serem questões de ordem pública. É esta a interpretação vencedora para o § 1º do art. 515. De resto, se estas questões já tiverem sido decididas, uma de três: ou sobre elas ocorreu preclusão à falta da interposição do recurso cabível, ou elas já foram objeto de reexame pela interposição do recurso adequado ou, ainda, elas são passíveis de reexame porque representam questões de ordem pública.

De uma forma ou de outra, o objetivo dos dispositivos, no que diz respeito à *transferência* das questões ainda não decididas, é que o órgão *ad quem* aprecie as questões ainda não decididas a despeito de impugnação específica naqueles casos em que o sistema processual civil admite atuação oficiosa do magistrado. Basta, para tanto, que a questão, em si mesma considerada, já pudesse ter recebido decisão pelo órgão *a quo*.

## 7. EFEITO TRANSLATIVO

Se o “efeito *devolutivo*”, para o qual se volta o número anterior, é projeção, na fase recursal, do “princípio *dispositivo*”, o efeito *translativo*, aqui examinado, é projeção do chamado “princípio *inquisitório*”, que, como aquele, também anima o desenvolvimento do procedimento no processo civil brasileiro. O próprio art. 262 evidencia a sua presença ao dispor que, posto o processo começar pela “iniciativa da parte”, desenvolve-se por “impulso *oficial*” (v. n. 3.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Desta sorte, todas as questões passíveis de conhecimento de ofício, isto é, sem provocação de qualquer das partes (ou dos eventuais intervenientes, inclusive o Ministério Público naqueles casos em que deve atuar na qualidade de *custos legis*), ao longo do procedimento podem e *devem* ser apreciadas igualmente de ofício no segmento recursal. Assim, apenas para dar os exemplos mais palpáveis para o tema, as condições da ação e os pressupostos processuais (art. 267, § 3º), à exceção, apenas do “compromisso arbitral”, por força do que, expressamente, excepciona, o art. 301, § 4º (v. n. 2.2.7 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I), e, amplamente, as questões que, por força de lei, puderem ser apresentadas “em qualquer tempo e juízo”, nos termos do art. 303, III (v. n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I).

Um exemplo pode aclarar o significado do chamado efeito *translativo*: FCJ demanda MAR para reclamar indenização por serviços prestados e não pagos. O pedido é julgado procedente. O juízo de primeira instância, no entanto, não atenta à ilegitimidade de MAR para figurar na qualidade de réu porque o contrato questionado por FCJ foi assinado com MAR Ltda., empresa da qual MAR é o sócio majoritário, e não com ele, MAR, pessoa física. Mesmo sem qualquer questionamento neste sentido, é dado ao Tribunal, a bem da verdade, é *dever seu* – como, de resto, já o era com relação ao juízo *a quo* –, extinguir o processo sem resolução de mérito em grau recursal, mesmo que – e é nisto que reside a ocorrência do chamado “efeito *translativo*” – não haja *pedido* do próprio MAR ou de quem quer que seja.

Decorrente interessante deste efeito *translativo* – o que justifica, dentre outras circunstâncias, catalogá-lo à parte, de forma distinta do efeito devolutivo, seguindo a trilha aberta, na nossa literatura, por Nelson Nery Jr. (*Teoria geral dos recursos*, p. 482-488) – diz respeito à possibilidade de ocorrência de *reformatio in pejus* nos casos de sua incidência concreta (v. n. 12 do Capítulo 2). Aqui, diferentemente do que se dá nos casos do efeito *devolutivo*, que se relacionam ao “princípio dispositivo”, isto é, a pedido do recorrente que dê condições de reforma para uma decisão em detrimento do recorrido, não se pode conceber em que consistiria uma piora de situação – a “reforma para pior” –, nos casos em que ao juízo é dado atuar de ofício, isto é, sem provocação nenhuma.

É possível, por exemplo, que em reexame necessário (que não tem natureza recursal, como acentua o n. 1 do Capítulo 2 da Parte III), seja majorada a condenação em honorários de advogado imposta à Fazenda Pública mesmo que não tenha havido recurso de apelação do interessado, não obstante a Súmula 45 do STJ negar a possibilidade. É que o reexame necessário não se relaciona com a noção inerente a qualquer recurso de *disposição*, isto é, de “efeito *devolutivo*”, sendo, diferentemente, manifestação do princípio inquisitório, do efeito translativo, portanto, que permite a ampla atuação do órgão *ad quem* em grau recursal.

A aplicação do “efeito translativo” não afasta, contudo, que o órgão *ad quem*, constatando a possibilidade de sua atuação oficiosa, determine a oitiva das partes e de eventuais terceiros para que se manifestem *previamente* sobre a questão a ser enfrentada. Trata-se de providência inafastável à luz do “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Pelas peculiaridades do sistema processual civil, no entanto, o “efeito *translativo*” não se aplica ao recurso extraordinário, ao recurso especial e, também, aos embargos de divergência. Para aqueles dois recursos, a exigência *constitucional* de prévia “causa decidida” afasta a incidência das regras codificadas que permitem a atuação oficiosa dos Tribunais “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, o que acaba por contaminar, também, o cabimento e o julgamento dos embargos de divergência. O n. 8.1 do Capítulo 11 trata do assunto com a profundidade necessária.

## 8. EFEITO EXPANSIVO

Como acentuou o n. 1, *supra*, a proposta do Capítulo é fornecer o panorama mais amplo possível no que diz respeito aos “efeitos dos recursos”, razão pela qual o “efeito *expansivo*” deve também ser estudado, a despeito de serem poucos os seus defensores em doutrina, o principal deles, Nelson Nery Jr., em seu *Teoria geral dos recursos*, p. 477-482. A crítica feita pela maior parte da doutrina é a de que o que é tratado sob o rótulo “efeito *expansivo*” nada mais são do que as *consequências* do julgamento do recurso e que se relacionam, por isto mesmo, àquilo que foi impugnado e àquilo que pode ou deve ser decidido em grau recursal, em simetria, ou não, ao questionamento do recurso (“efeito *devolutivo*” e “efeito *translativo*”,

respectivamente; v. ns. 6 e 7, *supra*). Contudo, o exame de certas peculiaridades no *juízo* dos recursos é o bastante para justificar o destaque aqui pretendido, máxime para compreender, no seu devido contexto, o § 3º do art. 515, que não se amolda às concepções difundidas de “efeito devolutivo” e de “efeito translativo” (v. n. 8.1, *infra*).

O “efeito *expansivo*” deve ser entendido como as consequências que o *juízo* do recurso tem aptidão de acarretar à própria decisão recorrida, a outros atos ou decisões do processo e, ainda, a eventuais outros sujeitos processuais, que não o recorrente, razão que levou Nelson Nery Jr. (op. cit., p. 477) a distinguir um “efeito *expansivo objetivo interno*” de um “efeito *expansivo objetivo externo*” e a distinguir ambos de um “efeito *expansivo subjetivo*”, respectivamente. O efeito aqui examinado, destarte, guarda relação com a possibilidade de o órgão *ad quem*, ao *juizar* o recurso, proferir decisão mais abrangente da que compõe o mérito recursal, isto é, a matéria impugnada pelo recorrente (v. n. 3 do Capítulo 3), gerando verdadeiros efeitos colaterais.

O “efeito *expansivo objetivo*” recebe este nome porque os efeitos acarretados pelo *juízo* do recurso – e não pela sua *interposição* – fazem-se sentir no plano *processual*, interferindo na manutenção de determinados atos processuais.

Será *interno* quando o *juízo* acarretar modificação da própria decisão recorrida, ensejando que a nova decisão seja incompatível com a anterior. Assim, por exemplo, quando se dá provimento a apelação para *anular* sentença proferida a despeito da não ocorrência das condições da ação ou dos pressupostos processuais ou quando se dá provimento para *juizar* improcedente o pedido condenatório acolhido em primeira instância, restando prejudicada, com isto, a fixação do valor a ser pago pelo réu em atenção ao art. 475-A, § 3º.

Será *externo* quando os efeitos a serem sentidos pelo *juízo* atingirem outros atos do processo que não a própria decisão recorrida. É o que se verifica, para ilustrar, quando se dá provimento a agravo de instrumento tirado contra decisão que indeferira, por ocasião do art. 331, §§ 2º e 3º (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I), a produção de prova pericial, que terá função verdadeiramente *rescindente* da sentença eventualmente proferida com o desfazimento de todos os atos processuais

praticados desde então. O mesmo pode ser dito com relação à execução provisória em que o provimento do recurso que, não obstante interposto, não tinha ou não teve condições de impedir o início da eficácia da decisão recorrida, isto é, que não tinha ou a ele não se atribuiu efeito suspensivo (v. n. 3, *supra*), significa o desfazimento dos atos praticados pelo exequente-recorrido e sua responsabilização *objetiva* pela reparação dos eventuais danos sofridos pelo executado-recorrente, nos termos do art. 475-O, II (v. n. 2.3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3).

O “efeito expansivo *subjetivo*”, assim denominado porque as consequências do provimento do recurso dizem respeito às pessoas (sujeitos), e não aos atos processuais propriamente ditos. Hipótese que bem o ilustra é a do art. 509, *caput*. De acordo com o dispositivo, o recurso interposto por um só dos litisconsortes aproveita a todos os demais, mesmo que não tenham recorrido, a não ser que sejam diferentes ou opostos seus interesses. Ainda que seja restringida a aplicação do dispositivo para os casos de litisconsórcio *unitário* – com o que expressamente concorda o n. 4 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I –, não há como olvidar que a *consequência* do provimento do recurso interposto por um dos litisconsortes é o atingimento da situação do outro, que não recorreu. É esta a razão pela qual Barbosa Moreira, ao examinar o fenômeno, a ele se refere como “extensão *subjetiva* dos efeitos do recurso interposto apenas por um (ou por alguns) dos litisconsortes” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 380, sem o itálico).

O parágrafo único do art. 509 também trata do mesmo efeito, ao reconhecer que, na solidariedade passiva, o recurso interposto por um dos devedores aproveita aos demais codevedores na medida em que as defesas sejam comuns. A menção ao dispositivo é oportuna até para demonstrar que a ocorrência do efeito expansivo *subjetivo* não é fenômeno exclusivo do litisconsórcio *unitário*, mas, circunstancialmente (e por força das vicissitudes do direito material), pode ser verificado também nos casos de litisconsórcio *simples*, como, para a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, verifica-se na solidariedade (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

## **8.1. Especificamente o art. 515, § 3º**

O art. 515, § 3º, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, que tem despertado uma série de debates interessantes em sede de doutrina e de jurisprudência, merece examinado como típico caso de “efeito *expansivo*”. Justifica-se a iniciativa porque, de acordo com o dispositivo, é dado ao Tribunal, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267), julgar o mérito (a “lide”, de acordo com a letra da lei) quando a causa “versar questões exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”, o que vem sendo chamado, desde obra pioneira de Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 106), de “causa madura”.

Como o dispositivo ocupa-se das consequências do *julgamento*, a hipótese é, inegavelmente, de efeito expansivo. Até porque entendê-lo como manifestação do “efeito *devolutivo*” ou do “efeito *translativo*” é sustentar que o dispositivo aqui examinado pressupõe sempre e em qualquer caso, respectivamente, pedido do recorrente ou a sua dispensa, o que, pelas razões expostas pelos parágrafos seguintes, não tem o apoio deste *Curso*.

Quando, a despeito do proferimento de “sentença *terminativa*”, o Tribunal verificar que é possível, desde logo, proferir decisão de mérito (art. 269) concedendo ou negando o pedido de tutela jurisdicional feito originalmente pelo autor, assim procederá. Para este fim, é correto o entendimento amplamente sustentado em doutrina e acolhido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que equipara as condições fáticas que autorizam a aplicação do dispositivo aqui comentado às do julgamento antecipado da lide (art. 330, I; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I). Neste sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 37.232/BA, rel. Min. Castro Meira, j.un. 20.3.2012, DJe 28.3.2012; STJ, 4ª Turma, REsp 1.179.450/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 15.5.2012, DJe 28.5.2012 e STJ, 4ª Turma, REsp 1.018.635/ES, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 21.11.2011, DJe 1.2.2012.

O art. 515, § 3º, visa à aceleração da prestação jurisdicional, evitando que o julgamento do Tribunal se limite a ter caráter meramente *rescindente* nos casos que indica, isto é, que o acórdão se contente em remover o óbice de cunho processual que inibiu o juízo *a quo* de enfrentar o mérito determinando que aquele órgão profira outra decisão em seu lugar (v. n. 3 do Capítulo 3). Não havendo condições de pronto julgamento meritório, não há

outra alternativa que não a de o Tribunal anular a sentença, determinando que o processo prossiga em direção à fase instrutória. Assim, por exemplo, o que decidiu a 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ap n. 991.03.023307-1/Itu, rel. Des. Coutinho de Arruda, j.un. 16.11.2010 em *Boletim AASP* 2744.

A aplicação do § 3º do art. 515, contudo, impõe determinados cuidados, para não agredir o “modelo constitucional do direito processual civil”, máxime para quem, como este *Curso*, reconhece como sua parte integrante, embora implicitamente, o “princípio do duplo grau de jurisdição” (v. n. 2 do Capítulo 2). O dispositivo, posto estar claramente inspirado em outros princípios componentes daquele mesmo modelo, mormente o da “economia e eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), não descarta que o órgão *ad quem* verifique em que medida o *amplo e prévio* contraditório (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) tenha se realizado sobre a questão que ele enfrentará. Para tanto, é importante discernir duas hipóteses.

A primeira é a da existência de o recorrente formular pedido expresso – verdadeiro “pedido *sucessivo*” (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I) – no sentido de, uma vez dado provimento ao seu recurso para invalidar a decisão *a quo*, o órgão *ad quem* passar, desde logo, ao enfrentamento do mérito. O recorrido, em tais casos, teve oportunidade de manifestar-se sobre este específico pedido em suas contrarrazões, pelo que, entendendo o Tribunal aplicável o art. 515, § 3º, é legítimo que se dê provimento integral ao recurso acolhendo-se os dois pedidos do recorrente.

A segunda hipótese é oposta à do parágrafo anterior. O recorrente não formula pedido de julgamento de mérito mas, mesmo assim, o Tribunal entende que o caso reclama a incidência do dispositivo em exame, cuja aplicação, vale esclarecer, não deve ficar vinculada a prévio pedido do recorrente. Mesmo nos casos em que a “matéria de fundo” seja *disponível*, não há razão para que o órgão *ad quem* se iniba de, visando à concretização do “modelo constitucional do direito processual civil”, passar, quando presentes os pressupostos exigidos pela regra, ao “mérito”, *reformando* decisão meramente *terminativa*. Em tais casos, contudo, é impositivo que o relator, desde que não iniciado ainda o julgamento, intime as partes (e eventuais terceiros), dando-lhes ciência do seu propósito, permitindo que

amplo e *prévio* contraditório sobre a questão a ser decidida seja exercitado. Até para que as partes (e eventuais terceiros) possam, se for o caso, buscar persuadi-lo de não aplicar o § 3º do art. 515, comprovando não ser o caso em julgamento hipótese de sua incidência. Se a questão relativa à aplicação do art. 515, § 3º, surgir com o julgamento já iniciado, a hipótese é de sua suspensão para que as partes (e eventuais terceiros) possam manifestar-se sobre a questão, “convertendo-se o julgamento em diligência” (v. n. 6.1 do Capítulo 5).

Destarte, nos casos em que o contraditório amplo e suficiente sobre as questões *jurídicas e fáticas* não houver sido exercitado pelas partes e, se for o caso, por terceiros intervenientes, o art. 515, § 3º, não pode ser aplicado. Até porque, como expõe o n. 5 do Capítulo 11, eventuais recurso extraordinário e recurso especial interpostos do acórdão não terão o condão de viabilizar reexame da matéria fática subjacente à decisão, o que compromete, a olhos vistos, a compreensão que este *Curso* tem do “princípio do duplo grau de jurisdição” (v. n. 2 do Capítulo 2).

O que importa para que o dispositivo seja adequadamente aplicado, portanto, é que o órgão *ad quem*, verificando que a hipótese concreta admite a incidência do § 3º do art. 515, ateste em que medida as partes (recorrente e recorrido) e eventuais terceiros se manifestaram adequadamente sobre o “*mérito da demanda*” que não necessariamente coincide com o “*mérito recursal*” (v. n. 3 do Capítulo 3). A data do julgamento, para esta finalidade, não deve ser designada (v. n. 6 do Capítulo 5) ou, se já iniciado, o julgamento deve ser suspenso para que as partes se manifestem *previamente* sobre o enfrentamento do mérito desde logo pelo Tribunal (v. n. 6.1 do Capítulo 5).

Uma tal ressalva parece tanto mais importante porque o exame das condições fáticas subjacentes à aplicação deste § 3º do art. 515 é estranho à função desempenhada pelos Tribunais Superiores em sede de recurso extraordinário e recurso especial, que não podem reavaliar, em si e por si só, o substrato fático firmado, com ânimo de definitividade, perante os Tribunais de Justiça e Regionais Federais. Saber se a hipótese é “exclusivamente de direito” ou se ela está em “condições de imediato julgamento” é uma questão de *fato*, de *prova*, que escapa, por isto mesmo, da

apreciação dos Tribunais Superiores (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ).

Justamente por esta peculiaridade do sistema recursal é que a aplicação do § 3º do art. 515 deve ser afastada dos “recursos *extraordinários*” (v. n. 4.3 do Capítulo 1). Assim, a anulação da decisão proferida pelo Tribunal *a quo* em sede de recurso extraordinário e recurso especial, quando ela não tiver apreciado o mérito, deve conduzir ao reenvio dos autos à instância inferior para que outra seja proferida, enfrentando o mérito como lhe parecer mais adequado. A nova decisão sujeitar-se-á, consoante o caso, a novos recurso extraordinário e recurso especial. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 768.523/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 2.10.2007; contra, pugnando pela aplicabilidade do dispositivo ao recurso especial: STJ, 3ª Turma, REsp 998.460/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 23.2.2010, DJe 23.3.2010.

Feita esta ressalva, a melhor interpretação é admitir a aplicação do § 3º do art. 515 aos demais recursos, a despeito de sua redação e localização darem ensejo ao entendimento de que ele diz respeito, exclusivamente, ao recurso de apelação (v. n. 1 do Capítulo 1). Trata-se de interpretação que viabiliza uma mais racional e célere prestação jurisdicional também em sede recursal, afinada, portanto, ao “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

## 9. EFEITO SUBSTITUTIVO

Por fim, mas não menos importante, são pertinentes algumas considerações a respeito do chamado efeito *substitutivo* dos recursos. Aqui também o que está em evidência são as consequências de seu *julgamento*, e não, propriamente, as consequências sentidas no plano do processo ou fora dele pela simples *interposição* do recurso.

Por efeito substitutivo deve ser entendida a possibilidade de a decisão que julgar o recurso, desde que *conhecido*, prevalecer sobre a decisão anterior, a decisão recorrida, tomando o seu lugar, independentemente de seu conteúdo. É ele referido expressamente no art. 512.

O caráter *substitutivo* dos recursos prende-se umbilicalmente à matéria passível de reexame pelo órgão *ad quem*. Seja em função dos desdobramentos do efeito devolutivo (v. n. 6, *supra*) ou do efeito translativo (v. n. 7, *supra*), o que deve ser destacado é que a nova decisão, que vier a

ser proferida – e na extensão em que seja proferida – põe-se no lugar da decisão anterior, da decisão recorrida, que, por isto mesmo, não mais subsiste.

O efeito substitutivo, contudo, deixa de operar naqueles casos em que a decisão recorrida é anulada pelo reconhecimento de *error in procedendo*. Em tais situações, porque a função do órgão *ad quem* é verdadeiramente *rescindente* (v. n. 3 do Capítulo 3), a sua própria decisão não prevalece sobre a anterior, que deixa de existir juridicamente. É esta a razão pela qual, à exceção das hipóteses em que se possa cogitar da aplicação do art. 515, § 3º (v. n. 8.1, *supra*), o órgão *ad quem* limita-se a anular a decisão recorrida, determinando que outra seja proferida, pelo próprio órgão *a quo*, em seu lugar. Na hipótese de ser viável o julgamento de mérito pelo próprio órgão *ad quem*, por força do precitado dispositivo legal, a decisão respectiva tem “efeito substitutivo”, aplicando-se-lhe as considerações aqui expostas.

A questão, que pode parecer extremante teórica, tem variadas aplicações práticas.

Uma delas, bem sensível, diz respeito à competência para a chamada “ação rescisória” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte I). A depender da ocorrência, ou não, do efeito substitutivo é que a “ação rescisória” será ajuizada perante um ou outro órgão jurisdicional.

Assim, por exemplo, se recurso especial interposto de acórdão de Tribunal de Justiça não é conhecido porque intempestivo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não tem o condão de *substituir* o acórdão recorrido, e isto porque o juízo de admissibilidade do recurso foi negativo. Neste caso, não terá o Superior Tribunal de Justiça competência para julgamento da rescisória, que permanece no próprio Tribunal de Justiça prolator da decisão que se pretende rescindir. Diferentemente, na medida em que o recurso seja *conhecido*, mesmo que a ele se negue provimento (juízo de admissibilidade recursal *positivo* e juízo de mérito recursal *negativo*), a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

Importa destacar duas consequências interessantes do que acabou de afirmar o parágrafo anterior.

A primeira é a seguinte: é cediço que nem sempre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça primam pela técnica na *admissibilidade* dos recursos extraordinários e especiais a eles dirigidos (v.

n. 5 do Capítulo 11). Nestas circunstâncias, é mister identificar, caso a caso, se o não conhecimento do recurso por falta de contrariedade à Constituição Federal ou à lei federal não significa, em substância, o *conhecimento* e o *desprovemento* do recurso. Nestes casos, malgrado a “técnica de julgamento” daqueles Tribunais – para empregar, aqui, expressão corrente na sua própria jurisprudência –, terá havido o efeito *substitutivo* do qual se ocupa o número presente.

A segunda consequência diz respeito a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio (assim, dentre muitas: STF, 1ª Turma, RE-AgR 429.799/PE, j.un. 28.6.2005, DJ 26.8.2005, p. 25, e STF, 2ª Turma, RE-AgR 276.868/RJ, j.un. 22.5.2001, DJ 29.6.2001, p. 50), que, por força daquele efeito recursal, julgam *prejudicados* recursos extraordinários como decorrência do proferimento da decisão do Superior Tribunal de Justiça que *conhece*, isto é, que aprecia o *mérito* do recurso especial, naqueles casos abrangidos pelo art. 543, quais sejam, em que um mesmo acórdão impõe a interposição concomitante de recurso extraordinário e de recurso especial.

O entendimento é correto e, para ser conhecido o recurso extraordinário anteriormente interposto do mesmo acórdão, importa verificar em que medida subsiste o interesse recursal do recorrente no que diz respeito ao enfrentamento da “questão *constitucional*” ou, se o caso exigir, se é necessário interpor um *novo* recurso extraordinário dirigido ao acórdão do próprio Superior Tribunal de Justiça, quando “questão *constitucional*” surgir com a manifestação daquele Tribunal, sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 10 do Capítulo 11.

# CAPÍTULO 5

## Procedimento recursal no âmbito dos Tribunais

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os arts. 547 a 565 do Código de Processo Civil, inseridos no Capítulo VII do Título X de seu Livro I, ocupam-se do que é chamado de “ordem dos processos no Tribunal”.

Os dispositivos merecem um primeiro exame, não obstante sua localização no Código, na construção da teoria geral dos recursos porque trazem normas bastante heterogêneas e genéricas. São regras que dizem respeito não só ao manuseio dos autos do recurso mas também à condução dos trabalhos relativos ao julgamento.

A proposta deste Capítulo é tecer os comentários cabíveis àqueles dispositivos sem prejuízo de, no exame de cada um dos recursos, o tema ser revisitado e aprofundado de acordo com as necessidades de cada uma daquelas espécies.

### 2. DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS

De acordo com o *caput* do art. 547, quando os autos do recurso (como se dá com o “agravo de instrumento”) ou os autos em que o recurso é processado (como se dá com todos os demais) chegam ao Tribunal, eles devem ser registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à Secretaria a conferência e numeração de folhas, preparando o recurso para *distribuição*, que deverá ser pública, alternada e por sorteio, em conformidade com a disciplina dada pelo Regimento Interno de cada Tribunal (art. 548, *caput*). A distribuição é a escolha, dentre todos os magistrados competentes, daquele que vai ser o *relator* do recurso.

A atuação burocrática relativa à conferência de páginas e sua numeração, evidentemente, é inócua em se tratando de recursos interpostos por meios

eletrônicos na forma da Lei n. 11.419/2006. Em tais casos, a atuação dos servidores dos órgãos competentes para o julgamento é de ordem diversa mas, substancialmente, visa à preparação *material* do recurso para seu processamento, isto é, para a sua tramitação, mesmo que virtual, perante o Tribunal *ad quem*.

### **3. O RELATOR**

A escolha do relator, a quem o recurso será distribuído, recai naquele que, em nome do órgão julgador colegiado, atuará em primeiro lugar no caso, preparando-o para julgamento (art. 549, *caput*), com a elaboração de uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso, isto é, sobre as *questões* que deverão ser julgadas (art. 549, parágrafo único) e, se for o caso, julgando-o, até mesmo, monocraticamente (v. n. 3.1, *infra*).

Quando o recurso for de “embargos infringentes” (v. Capítulo 9) e na “ação rescisória” (v. Capítulo 1 da Parte II), a exposição dos pontos controvertidos, isto é, o *relatório* elaborado pelo “relator” será enviado aos demais magistrados que compõem o órgão colegiado competente para julgamento.

A regra, que consta do art. 553, refere-se ao envio de “cópias autenticadas”, pressupondo, certamente, o envio do relatório em papel, mas não há qualquer irregularidade em que o Tribunal se valha de meios eletrônicos para aquela finalidade, desde que observadas as exigências de segurança e de autenticidade genericamente impostas pelo parágrafo único do art. 154 e, especificamente, pelos arts. 1º e 2º da Lei n. 11.419/2006. É interpretação, de resto, que encontra eco seguro no parágrafo único do art. 556, que exige, no caso de os autos do processo não serem eletrônicos, que a comunicação eletrônica seja impressa para juntada aos autos de papel.

Na sessão de julgamento, o relator lerá seu relatório a todos os presentes, antes da realização de eventuais sustentações orais (v. n. 6.3, *infra*).

#### **3.1. Julgamento monocrático**

O art. 557 admite que, em determinadas hipóteses, o relator atue monocraticamente, isto é, isoladamente, dispensando a manifestação *colegiada* no julgamento dos recursos. O dispositivo, fruto de tendência que

já se verificava desde a redação original do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 1980, que passou para o art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e para o art. 38 da Lei n. 8.038/1990, foi aperfeiçoado e ampliado pelas sucessivas “Reformas do CPC”, até chegar à redação atual, dada pela Lei n. 9.756/1998.

Trata-se de providência louvável, claramente inspirada no princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), e que, por isto mesmo, deve ser prestigiada. Importa, contudo, destacar que a atuação *monocrática* no âmbito dos Tribunais, posto ser expressamente permitida, deve ser compreendida levando em conta os demais elementos do “modelo constitucional do direito processual civil”. Assim, a decisão do relator, qualquer que seja o seu conteúdo, é passível de contraste perante o órgão colegiado a que pertence, como adequadamente reconhece e disciplina o § 1º do art. 557. A diretriz deve ser observada, inclusive, naqueles casos em que a lei não a prevê, como demonstra, com o vagar necessário, o n. 3.5 do Capítulo 7 com relação ao parágrafo único do art. 527.

De acordo com o *caput* do art. 557, cabe ao relator “negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Importa analisar cada uma destas hipóteses isoladamente para sua melhor compreensão.

“Negar seguimento” é expressão genérica que se refere indistintamente a “não admitir” (“não conhecer”) o recurso, isto é, proferir juízo de *admissibilidade negativo* ou “negar provimento”, ou seja, entender que o recorrente não tem razão no que diz respeito ao *mérito* recursal. É preciso verificar, em cada caso concreto, portanto, se a decisão monocrática, tal qual proferida, limita-se a rejeitar o recurso pelo não preenchimento dos pressupostos de admissibilidade recursal suficientes ou se, superado este juízo, a hipótese foi de negar razão ao recorrente, afirmando como correta a decisão recorrida.

“Recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado” compreende tanto o recurso interposto *objetivamente* de forma errada

(assim, por exemplo, “recurso especial” quando a hipótese era de “recurso ordinário”), o que é suficiente para afastar a incidência do “princípio da fungibilidade” (v. n. 6 do Capítulo 2), como o recurso que *objetivamente* não deve ser conhecido pelas mais diversas razões. É o caso, por exemplo, de recurso inequivocamente intempestivo (v. n. 2.5 do Capítulo 3); de recurso que não traz nenhuma razão apta, ao menos em tese, para embasar o pedido de anulação ou de reforma da decisão recorrida (v. n. 2.6 do Capítulo 3) ou, ainda, de recurso que perdeu o objeto por força da ocorrência de algum ato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer (v. n. 2.8 do Capítulo 3).

O relator também pode rejeitar, sem participação do órgão colegiado, o recurso manifestamente *improcedente* por razões de mérito quando se tratar de recurso que esteja “em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Inspirado em viabilizar maior racionalização nos julgamentos dos Tribunais e na preservação do princípio da isonomia (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), o *caput* do art. 557 admite que, naqueles casos em que a decisão recorrida se afina ao entendimento do próprio Tribunal ou dos Tribunais Superiores (o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), que a orientação dos precedentes seja, de imediato, aplicada ao recurso, resultando, assim, em decisão de mérito, que nega provimento à pretensão recursal desde logo.

O dispositivo não cogita de “súmulas vinculantes”, embora sua aplicação conduza a resultado prático similar caso o recurso chegue ao Tribunal. As súmulas referidas no *caput* do art. 557 são meramente *persuasivas* (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II) mas suficientes, pelas razões expostas no último parágrafo, para selar a sorte dos recursos que se manifestem contrários à orientação já sedimentada no plano dos Tribunais. É esta a razão pela qual a própria existência de uma *súmula* é dispensada, bastando que haja “jurisprudência dominante”, assim entendida aquela que, a despeito de sua não formalização como *súmula* (art. 479; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II), é representativa, de forma objetiva, do entendimento amplamente aceito pelo Tribunal.

Idêntica razão à discutida no parágrafo anterior deve conduzir à compreensão de que a “jurisprudência *repetitiva*”, alcançada em sede de

recurso especial repetitivo (art. 543-C) ou de recurso extraordinário repetitivo (mercê da compreensão que o STF vem dando ao art. 543-B), é legitimadora da aplicação do art. 557.

A importância do “agravo *interno*” do § 1º do art. 557 é tanto maior, em tais casos, por permitir não só contraste do acerto ou desacerto da decisão monocrática perante o órgão colegiado competente como também para viabilizar uma mais ampla discussão dos próprios precedentes e sua aplicação em cada caso concreto, que permitem a atuação isolada do relator.

O § 1º-A do art. 557, que, curiosamente, vem *antes* do § 1º do mesmo dispositivo, violando, assim, o art. 12, III, “b”, da Lei Complementar n. 95/1998, na redação dada pela Lei Complementar n. 107/2001, sem que isto, de qualquer sorte, comprometa sua validade e vigência plenas (art. 18 da LC n. 95/1998), também admite que o relator profira monocraticamente julgamentos de mérito, mas, diferentemente do que prevê o *caput* do dispositivo, a hipótese é de *dar provimento* ao recurso. Para tanto, o relator verificará se a decisão recorrida está “em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Se sim, ele poderá acolher, desde logo, o recurso dando-lhe provimento.

O dispositivo somente autoriza a atuação do relator nos casos em que houver súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, único Tribunal Superior para os fins do direito processual civil (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). É vedada a sua atuação quando houver súmula ou jurisprudência dominante do próprio Tribunal, diversamente do que se dá, portanto, nos casos do *caput* do art. 557, para *negar* provimento ao recurso, restrição que deve ser observada ao intérprete porque se trata de regra que excepciona o “princípio da colegialidade”. A racionalização dos julgamentos, em nome de maior economia e celeridade processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), depende, em tais casos, da existência de precedentes dos Tribunais de sobreposição. Mesmo em tais casos, contudo, não há como admitir a atuação monocrática do relator quando o julgamento do recurso exigir reexame de prova (STJ, 3ª Turma, REsp 1.261.902/RJ, rel. Min. Nancy Andriighi, j.un. 16.8.2012, DJe 22.8.2012).

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que compete ao relator aplicar, monocraticamente, a multa a que se refere o § 2º do art. 557 (assim, v.g.: STJ, 4ª Turma, EDcl no Ag 1.136.114/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 23.6.2009, DJe 4.8.2009). A regra, por ser restritiva (v. n. 5.1 do Capítulo 7), não merece interpretação ampla, ainda mais por retirar do *colegiado*, “juiz natural” no âmbito dos Tribunais, a sua *competência* para decidir acerca da aplicação da multa.

### 3.1.1. O recurso de “agravo interno”

Como já destacado pelo número anterior, a decisão monocrática do relator, tenha ela sido proferida com fundamento no *caput* ou no § 1º do art. 557, desafia o seu contraste perante o órgão colegiado competente, identificado pelo Regimento Interno do Tribunal a que pertence o relator. O veículo processual que permite isto é o “agravo *interno*”.

Trata-se de medida inarredável pela legislação processual civil, sendo indiferente, para todos os fins, que seja prevista pelos Regimentos Internos dos Tribunais (quando, em geral, são conhecidos pelo nome de “agravos *regimentais*”), porque resolve satisfatoriamente o confronto entre o “princípio da colegialidade nos Tribunais” (v. n. 2.1 do Capítulo 2 e n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e o “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

A análise da dinâmica deste recurso, inclusive do § 2º do art. 557, que sanciona o recorrente temerário, é feita pelo n. 5 do Capítulo 7. Os “agravos *regimentais*”, de seu turno, são tratados pelo n. 5.3 do mesmo Capítulo.

Sobre os denominados “agravos *regimentais*” é importante chamar a atenção a um ponto: não há autorização constitucional para que os regimentos dos Tribunais brasileiros, quaisquer que sejam eles, disciplinem o *processo* ou o *procedimento* em matéria processual. As iniciativas, para tanto, são reservadas, desde o art. 22, I, e desde o art. 24, XI, da Constituição Federal, à União Federal, e a esta e aos Estados-membros, em regime de concorrência, respectivamente. O que os Regimentos Internos dos Tribunais podem fazer é colmatar as lacunas da legislação processual civil, inclusive do ponto de vista procedimental e administrativo, na medida em que a própria *lei* os autorize a tanto. É nessa perspectiva que muitos dos dispositivos tratados nesse Capítulo devem ser analisados. Nunca, contudo,

para admitir, ao arrepio do “modelo constitucional do direito processual civil”, que os Regimentos Internos dos Tribunais possam *innovar* no sistema processual civil brasileiro criando recursos (v. n. 1.2 do Capítulo 3 da Parte II e n. 6.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

### **3.2. O “dever-poder geral de cautela” e o “dever-poder geral de antecipação” no âmbito recursal**

O relator, de acordo com o art. 558, pode conceder “efeito suspensivo” ao recurso de agravo de instrumento (que, em regra, não o tem; v. n. 3.4.3 do Capítulo 7) e, em consonância com o parágrafo único do dispositivo, ao recurso de apelação naqueles casos em que o legislador o subtraiu (v. n. 4.2 do Capítulo 6). Trata-se do que o n. 3 do Capítulo 3 e o n. 4.2.9 do Capítulo 6 chamam de “efeito suspensivo *ope judicis*”, isto é, concedido pelo magistrado à luz das necessidades do caso concreto.

O dispositivo é típico caso do que boa parte da doutrina identifica com o exercício, no plano recursal, do chamado “poder geral de cautela” (melhor compreendido, para empregar a expressão largamente difundida, como um autêntico “*dever-poder geral de cautela*”), que, de acordo com a concepção original do Código de Processo Civil, impõe, ao menos como regra, uma “ação” e um “processo” próprios e diferenciados, inclusive do ponto de vista *procedimental* e de sua documentação, para ser regularmente exercido, disciplinados pelo seu Livro III, assunto ao qual se dedica o Capítulo 4 da Parte II do vol. 4.

O que importa destacar para cá é que o dispositivo destacado é nítido exemplo de que o exercício do chamado “poder geral de cautela” pode e *deve* ser exercitado ao longo do processo, sem maiores formalidades, porque se trata de *dever-poder* ínsito à própria concepção da função jurisdicional, quando compreendida desde o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). O art. 558 prevê, em última análise, que, mesmo no âmbito dos Tribunais, ao ensejo da *fase recursal* do processo, o relator preste “tutela jurisdicional *preventiva*” em todos os “casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação” e em outras específicas hipóteses, às quais se volta o n. 3.4.3 do Capítulo 7.

Sem prejuízo da análise feita ao longo deste volume na apresentação de cada uma das espécies recursais acerca do dispositivo, vale o destaque que o “efeito suspensivo” referido no *caput* do art. 558 deve ser entendido amplamente em dois sentidos diversos.

O primeiro para compreender nele não só o já referido “poder geral de cautela” mas também o “poder geral de *antecipação*” (ambos, mais bem compreendidos, como autênticos “*deveres-poderes*, pelas razões que expõe o n. 2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4), isto é, a possibilidade de o relator atuar *antecipando* os efeitos do pedido formulado pelo recorrente quando o caso concreto que lhe é apresentado *impuser* tal comportamento (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). A hipótese, aliás, é expressamente admitida pelo inciso III do art. 527 (v. n. 3.4.3 do Capítulo 7). É irrecusável, destarte, que o art. 273 encontre, também, na fase recursal, ampla incidência, mais ainda quando interpretado à luz do art. 557, § 1º-A (v. n. 3.1, *supra*).

O segundo sentido que deve conduzir o intérprete a uma necessariamente ampla interpretação e aplicação do dispositivo em estudo está em que o exercício do “dever-poder geral de cautela” e do “dever-poder geral de *antecipação*” no âmbito recursal não se circunscreve aos casos de agravo de instrumento (art. 558, *caput*) e de apelação (art. 558, parágrafo único). Também os outros recursos permitem um tal exercício que, vale repetir, é ínsito ao desempenho da própria função jurisdicional e que, analisada no seu devido contexto, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, conduz à inarredável conclusão de que, consoante sejam as características do caso concreto que se põe diante do magistrado, cabe a ele alterar as escolhas que foram feitas abstratamente pelo legislador *concedendo* efeito suspensivo aos recursos dele desprovidos ou, inversamente, *tirando* o efeito suspensivo daqueles que o têm, admitindo, conseqüentemente, a “execução provisória” (v. n. 3 do Capítulo 4).

Questão importante de ser aventada em relação ao tema diz respeito à *competência* para o exercício dos *deveres-poderes* destacados. O tema é tanto mais importante porque, sendo os atos processuais civis, ainda hoje, corporificados em sua maior parte em papel (os “autos” do processo), pode acontecer de o exercício do “dever-poder geral de cautela” ou do “dever-poder geral de *antecipação*” merecer ser exercitado sem que haja a necessária documentação dos atos processuais.

Para tal finalidade, importa dar interpretação ampla ao disposto no parágrafo único do art. 800 para permitir que, tão logo seja interposto o recurso (qualquer recurso, e não apenas o de *apelação*), a competência para o exercício dos “*deveres-poderes*” aqui discutidos seja exercitável pelo órgão *ad quem*, isto é, pelo órgão que tem competência para julgamento do recurso interposto. Conforme o caso, enquanto os “autos do processo” não tiverem sido enviados àquele órgão – com a ressalva feita abaixo –, correto o entendimento que admite que o interessado documente suficientemente a causa e a *necessidade* da atuação do relator no âmbito dos Tribunais, dando ensejo à formação de novos autos, um verdadeiro “instrumento”, que, para os olhos mais tradicionais e voltados para as escolhas formais do Código de Processo Civil, fará as vezes de uma “ação” ou “medida” ou “processo” *cautelar*, fazendo incidir, em larga escala, a disciplina dos arts. 796 a 812. O nome, contudo, é o que menos importa, máxime com a adoção das premissas fundantes deste *Curso* a respeito do tema (v. n. 2 do Capítulo 2 e n. 2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

A questão, é importante destacar, não se relaciona e não se esgota com a análise de um (específico) “processo”, de uma (específica) “ação” ou de um (específico) “procedimento”. Ela diz respeito, em primeiro plano, ao exercício de *tutela jurisdicional*, consoante se faça necessária a intervenção jurisdicional durante a fase recursal, em consonância com as diferentes perspectivas propostas pelos ns. 8.1 a 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. A *forma* pela qual o *pedido* de tutela jurisdicional e a sua *concessão* assumirão é questão diversa, de menor importância à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”.

A ressalva do parágrafo anterior é tanto mais pertinente porque as fundadas dúvidas que pairam na doutrina e na jurisprudência acerca da definição do *veículo* processual mais adequado para o exercício do “dever-poder geral de cautela” ou do “dever-poder geral de antecipação” no âmbito dos Tribunais – se “medida”, “ação” ou “processo” “cautelar”, “agravo de instrumento”, “reclamação” ou mera “petição” – têm levado ao entendimento de que a hipótese comporta ampla aplicação do “princípio da instrumentalidade das formas”, admitindo-se verdadeira *fungibilidade* entre eles, orientação que tem a total concordância deste *Curso*, na linha do que

sustenta o n. 5.2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 e como é desenvolvido, com maior profundidade, pelo Capítulo 8 da Parte I do vol. 4.

É o que se lê, dentre outros pronunciamentos, da decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, na Pet-MC 3.598/RJ, j. 3.2.2006, DJ 10.2.2006, p. 21, com menção a diversos precedentes no mesmo sentido. Na hipótese concreta, discutia- e sobre o meio processual apto para requerer o processamento *imediato* do recurso extraordinário, afastando a incidência do disposto no § 3º do art. 542 (v. n. 9.1 do Capítulo 11), o que levou o relator a entender cabível qualquer uma das vias admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a “medida cautelar”, a “reclamação” e o “agravo de instrumento”, “porque, diante da incerteza da jurisprudência do Tribunal, não seria lícito prejudicar a parte com o eventual não conhecimento do remédio que, dentre aqueles, se entenda impróprio. Em segundo lugar, porque a pretensão de que se cuida – o desbloqueio de recurso extraordinário retido, cujo julgamento compete à Corte – parece quadrar no âmbito de admissibilidade das três medidas processuais, que, para esse efeito, devem ter-se por fungíveis”.

O que está por trás do *caput* do art. 558 e do seu parágrafo único não é, com as vênias do que pensam diferentemente, uma “ação” ou um “processo” *cautelar*. O que a lei prevê no dispositivo, afinadíssima ao “modelo constitucional do direito processual civil”, é, vale a ênfase, a possibilidade da formulação de um pedido de concessão de “tutela jurisdicional *preventiva*” ou de “tutela jurisdicional *antecipada*”, consoante o caso, e *provisória* porque instrumental ao desfecho do recurso (v. n. 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). O *modo* pelo qual este pedido será formulado é menos importante do que a constatação de que ele pode ser formulado, ainda que não houvesse, como há, previsão legislativa específica.

Com relação à *competência* para o exercício dos deveres-poderes derivados do art. 558, cabe também colacionar o previsto no § 2º do art. 518. O dispositivo permite que o juízo *a quo*, depois da interposição da apelação, reexamine o juízo de admissibilidade do recurso, o que compreende também o exame dos *efeitos* de seu recebimento, isto é, o reexame dos efeitos relativos à sua interposição (v. n. 1 do Capítulo 4), o principal deles, para o assunto aqui discutido, o *suspensivo*. Tanto assim que o art. 522, *caput*, prevê o cabimento do “agravo *de instrumento*” para

contrastar a decisão, pressupondo, não há como duvidar, que ela seja proferida pelo juízo de primeira instância ao ensejo do exercício da competência reconhecida por aquele artigo.

A regra merece interpretação ampla, inclusive para os demais recursos (v. n. 1 do Capítulo 1), até para evitar os óbices *formais* de que dão notícia os parágrafos anteriores. Para tanto, é suficiente entendê-lo no sentido de que é competente para conceder ou para retirar o efeito suspensivo o magistrado que proferiu a decisão recorrida toda vez que ele próprio for o órgão de interposição do recurso e enquanto os autos do processo estiverem sob sua responsabilidade. É como se o parágrafo único do art. 800 reclamasse para ter incidência não apenas a “interposição do recurso”, mas também a chegada dos autos ao órgão *ad quem* competente para o seu julgamento. O proferimento da “sentença”, com efeito, não pode ser compreendido como significativo do “encerramento” da competência jurisdicional do juízo da primeira instância. Não quando se interpreta, no contexto adequado, o art. 463, máxime na sua redação atual dada pela Lei n. 11.232/2005 (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Rígidas demais, por isso mesmo, as Súmulas 634 e 635 do STF, de que trata o n. 8.2 do Capítulo 11.

De qualquer sorte, ao sustentar que o “dever-poder geral de cautela” e o “dever-poder geral de antecipação” são ínsitos ao exercício da função jurisdicional, este *Curso* reconhece verdadeira *concorrência* de competência no caso, sempre com vistas a evitar que a *forma* e a necessidade de *documentação* dos atos processuais se sobreponham ao seu conteúdo, que é a necessidade de concessão, ou não, da “tutela jurisdicional *preventiva*” ou da “tutela jurisdicional *antecipada*” em cada caso concreto. A previsão expressa do *caput* do art. 522 quanto ao cabimento do agravo de instrumento para contrastar a decisão do juízo de primeira instância, em se tratando dos efeitos da apelação, é bastante significativa do entendimento aqui defendido.

A última observação do parágrafo anterior convida a uma outra, final, que lhe é correlata. No plano dos Tribunais, a decisão proferida pelo relator para os fins aqui discutidos comporta “agravo *interno*”, isto é, contraste perante o órgão colegiado competente, a despeito da *restrição* que se extrai do parágrafo único do art. 527. A justificativa é aquela exposta pelo n. 3.5 do Capítulo 7 e indicada também pelo número anterior. No âmbito do

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a hipótese é expressamente albergada pelo amplo art. 39 da Lei n. 8.038/1990, que prevalece sobre a disposição codificada, irremediavelmente contrária ao “modelo constitucional do direito processual civil”.

## 4. O REVISOR

Quando se tratar de recurso de apelação, de embargos infringentes, e na “ação rescisória”, os autos serão enviados também ao “revisor”, que é o magistrado que atuará após o exame do relator (art. 555, *caput*).

De acordo com o § 1º do art. 555, o revisor será o magistrado que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade no órgão colegiado, isto é, trata-se do magistrado que, após o relator, for o mais recente na composição do mesmo órgão colegiado.

É o revisor que, após o seu exame dos autos – “aporá nos autos o seu visto”, lê-se do § 2º do art. 551 –, pedirá dia para que o recurso seja julgado perante o órgão colegiado, enviando os autos para o presidente do órgão colegiado respectivo ou para a secretaria respectiva (v. n. 5, *infra*).

Não há revisor quando a hipótese comportar o julgamento monocrático pelo relator (v. n. 3.1, *supra*) e, de acordo com o § 3º do art. 555, nas causas que seguirem o procedimento sumário (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte VI do vol. 2, tomo I) relativas a despejo (arts. 59 a 66 da Lei n. 8.245/1991, para as locações de imóveis urbanos) e nos casos em que o recurso de apelação tiver sido interposto de sentença de rejeição da petição inicial (v. ns. 7.1 e 7.2 do Capítulo 6). No procedimento sumário, outrossim, os recursos devem ser julgados em, no máximo, quarenta dias, indicativo a que expressamente se refere o art. 550 (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte VI do vol. 2, tomo I).

## 5. PREPARATIVOS PARA O JULGAMENTO

Após a manifestação do revisor, nos casos em que o art. 551 prevê a sua atuação ou nos casos em que o § 3º do mesmo dispositivo o dispensa (v. n. 4, *supra*), os autos, em consonância com o *caput* do art. 552, são enviados ao presidente do órgão colegiado competente para o julgamento que designará dia para o julgamento, mandando publicar a pauta respectiva no órgão oficial, assim entendida, também, a publicação por meios eletrônicos. Trata-

se de providência inafastável, à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, já que as partes devem ter prévia ciência da realização do julgamento para que dele possam participar ativamente, inclusive sustentando oralmente as suas razões (v. n. 6.3, *infra*).

Não é suficiente, contudo, que se dê a intimação do julgamento com a publicação da pauta. É mister que seja observado o interstício a que se refere o § 1º do art. 552. Aquele ato só poderá ser realizado se, entre a publicação da pauta e a sessão de julgamento, houver um intervalo de pelo menos quarenta e oito horas (art. 552, § 1º). Nos casos em que a intimação se der por meios eletrônicos, é correto o entendimento de que as quarenta e oito horas devem ser contadas do primeiro dia útil seguinte ao da publicação, assim entendido o primeiro dia útil que se seguir à disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 7º da Lei n. 11.419/2006 (v. n. 4.7.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Havendo agravo de instrumento pendente de apreciação perante o Tribunal, a apelação interposta no mesmo processo não pode ser incluída em pauta a não ser que ambos os recursos sejam julgados na mesma sessão e, assim mesmo, desde que o agravo de instrumento seja julgado em primeiro lugar (art. 559).

Na porta de entrada da sala em que são realizados os julgamentos deve estar afixada a pauta respectiva (art. 552, § 2º), devendo participar deles, salvo caso de força maior, todos os magistrados que, antes da sessão de julgamento, tiverem lançado o seu “visto” nos autos. O § 3º do art. 552 refere-se, portanto, ao *relator* e ao *revisor*.

## **6. SESSÃO DE JULGAMENTO**

Aberta a sessão de julgamento, os recursos serão julgados de acordo com as preferências legais e regimentais, a serem definidas pelo presidente da sessão, que é o presidente do órgão colegiado recursal.

Dentre as preferências legais estão os casos de recursos interpostos em “mandado de segurança” (art. 20 da Lei n. 12.016/2009), em *habeas data*” (art. 19 da Lei n. 9.507/1997), recursos interpostos em causas em que participem como parte ou como interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadora de doença grave (art. 1.211-A);

aqueles recursos cujo julgamento já tenha sido iniciado (art. 562) ou que foi adiado para fins de sustentação oral como permite o *caput* do art. 565 (v. n. 6.3, *infra*).

Cabe ao relator expor oralmente, em primeiro lugar, a controvérsia consubstanciada no recurso, lendo, se for o caso, o seu relatório, proferindo, em seguida o seu voto, *após* a realização da sustentação oral das razões recursais (v. n. 6.3, *infra*).

À exceção dos casos em que é legítimo o julgamento monocrático pelo relator (v. n. 3.1, *infra*), o julgamento da apelação e do agravo (retido, de instrumento ou *interno*) deve ser feito por três magistrados (art. 555, *caput*). Por força do disposto no art. 540, é este o número a ser observado também para os recursos ordinários (v. n. 5 do Capítulo 10).

O número de julgadores que compõem o órgão colegiado dos embargos infringentes depende da previsão do Regimento Interno de cada Tribunal (art. 533; v. n. 4 do Capítulo 9).

As Turmas do Supremo Tribunal Federal reúnem-se com a presença de, pelo menos, três Ministros (art. 147 do RISTF). A votação dá-se por maioria e, em caso de empate, a decisão será adiada até que seja tomado o voto do Ministro ausente (art. 150, § 1º, do RISTF).

As decisões das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, são tomadas pela maioria absoluta dos Ministros que a compõem (art. 41-A da Lei n. 8.038/1990 e art. 181, *caput*, do RISTJ).

O julgamento colegiado em quaisquer Tribunais dá-se pela colheita dos votos e, havendo discordância, prevalece o entendimento majoritário, observando-se, sempre, se houve quórum para instalação da sessão de julgamento respectivo.

Quaisquer questões *preliminares*, lê-se do *caput* do art. 560, deverão ser decididas antes do mérito recursal, desde que a resolução daquelas não prejudique o julgamento deste. A expressão “questões *preliminares*” empregada pelo dispositivo deve ser entendida como “questões *prévias*”, dentre as quais estão as “preliminares” e as “prejudiciais”, que são as que têm, tecnicamente, aptidão de condicionar o julgamento relativo a outra questão (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I). Aquelas, as preliminares, posto deverem ser resolvidas antecedentemente, não interferem

no resultado do que se vai decidir depois de sua resolução. É o que se dá, por exemplo, com o “juízo de *admissibilidade* recursal”.

Tanto assim que, em consonância com o art. 561, “rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar”. A melhor interpretação do dispositivo é a que impõe o pronunciamento sobre o “mérito recursal” por parte dos magistrados que não o apreciavam em função do acolhimento de alguma “questão *prévia*”. Como o princípio é o de que o julgamento se dê colegiadamente (v. n. 2.1 do Capítulo 2), o órgão respectivo se manifestará sobre o mérito recursal toda a vez que a maioria votante entender ser o caso de examiná-lo.

Eventuais recursos a serem interpostos do acórdão questionarão, conforme o caso, o acerto do afastamento das “preliminares” e/ou o resultado relativo ao “mérito”.

De acordo com o art. 170, “É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal” para a documentação dos atos processuais (v. n. 4.1.3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). A regra é de observância para o julgamento dos Tribunais. Havendo eventual divergência entre as notas taquigráficas e as decisões publicadas, prevalecem aquelas em detrimento destas. É este o entendimento, correto, a que chegou a 4ª Turma do STJ nos EDcl nos EDcl no REsp 991.721/PR, rel. p./acórdão Luis Felipe Salomão, j.m.v. 19.6.2012, DJe 5.9.2012.

Tendência que se tem verificado em alguns Tribunais é a edição de atos regulamentares do que vem sendo chamado de “julgamentos virtuais” ou “plenários virtuais”. A iniciativa deve ser aplaudida na medida em que sejam conciliados os princípios constitucionais do direito processual civil, em especial os da publicidade e da ampla participação de todos os interessados, com as novas tecnologias.

Exemplo importante da iniciativa é a Resolução n. 549/2011 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo art. 1º, *caput*, prevê a necessidade de consulta prévia aos procuradores dos interessados sobre terem, ou não, alguma oposição à adoção daquela forma de julgamento, franqueando-lhes, inclusive, a entrega de memoriais. Na recusa, mesmo que injustificada, o julgamento será realizado presencialmente.

## 6.1. Saneamento de nulidades no âmbito recursal

O parágrafo único do art. 560 dispõe que, “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”.

A Lei n. 11.280/2006 introduziu o § 4º ao art. 515, que, de forma mais ampla, permite o saneamento de nulidades sem necessidade de os autos serem enviados para o juízo de origem. Ao mesmo tempo que se eliminam do processo eventuais vícios que poderiam comprometer o atingimento de sua finalidade (como se dá, por exemplo, no art. 267, IV), racionalizam-se e, por isto mesmo, otimizam-se as atividades jurisdicionais pela admissão da atividade saneadora no mesmo grau de jurisdição em que o recurso será julgado. Seja para que se pratique ato que se faz necessário ou para que eventuais vícios processuais sejam saneados, não há mais necessidade de os autos serem enviados para a “origem”, ao juízo de primeira instância, o que pode, consoante o caso, significar uma interrupção de meses, quiçá de anos, para o término do julgamento iniciado no âmbito do Tribunal.

O § 4º do art. 515 não modifica o regime jurídico das nulidades do sistema processual civil. O que a nova regra disciplina, diferentemente, é o mecanismo de superação da nulidade – de seu saneamento, portanto –, naqueles casos em que já há decisão proferida em primeiro grau de jurisdição que se encontra em fase recursal. A regra, neste sentido, ocupa-se muito mais com a *competência para reconhecer e sanear* uma nulidade do que, propriamente, com o que é ou com o que não é nulidade para o processo. Assim, prevalece a diretriz ampla de que a nulidade *deve* ser sanada na inexistência de prejuízo (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). O “*dever ser sanada*” é de ser entendido no sentido de que, a despeito de o § 4º do art. 515 referir-se a “poderá”, não existe, propriamente, nenhuma liberdade para o órgão *ad quem* entre sanear o vício ou deixar de fazê-lo. O saneamento, vale o destaque, é medida impositiva, devendo, o julgador criar condições para que aquele defeito seja eliminado. Não cabe ao julgador “escolher” entre a correção do ato ou não. Os atos processuais, todos eles, devem ser praticados visando à sua máxima utilidade, e aqui não há por que ser diferente.

A incidência do § 4º do art. 515, destarte, pressupõe que a nulidade reconhecida existente pelo Tribunal seja “sanável”. Por nulidade sanável deve ser entendida aquela que é passível de correção, por atividade do julgador ou das partes (ou eventuais terceiros, consoante o caso), que, na perspectiva do sistema processual civil, abrande qualquer ato processual praticado em desconformidade com as regras formais respectivas, inclusive atos relativos ao próprio juízo de admissibilidade recursal. É uma questão de verificar, em cada caso concreto, em que medida o aproveitamento do ato (ou, quando menos, de seus efeitos), mesmo que viciado, faz-se possível. Qualquer ato processual praticado em desconformidade com o tipo legal pode e deve ser aproveitado desde que, sem prejuízo, alcance a finalidade imposta pela lei.

Para a incidência do dispositivo, que, em última análise, ocupa-se do reconhecimento expresso de uma competência jurisdicional a ser exercida na fase recursal, o que importa é reconhecer que a hipótese não seja de nulidade já sanada ou de nulidade insanável. Esta, porque o desfecho do processo só pode ser um, vedação de seu prosseguimento por lhe faltar o mínimo indispensável para o seu desenvolvimento válido (diretriz amplamente agasalhada no art. 267, IV e VI); aquela, a nulidade já sanada, por sua própria dinâmica: ela já não é, propriamente, nulidade; ela não é mais óbice para o escorreito prosseguimento do processo.

Diante do reconhecimento de uma “nulidade sanável”, assim entendido o defeito que pode ser extirpado do processo, viabilizando que ele atinja sua finalidade primeira (decisão que diga quem tem e quem não tem razão; que reconheça ao autor ou ao réu quem tem e quem não tem o direito a ser realizado concretamente), o Tribunal tomará as providências necessárias para eliminá-la do processo. Seja determinando a prática de novos atos processuais, seja determinando a renovação de atos processuais anteriormente praticados, seja decidindo a respeito dos efeitos dos atos praticados e sobre a possibilidade de sua convalidação no plano do processo, retificando ou ratificando, com ou sem a necessidade da atuação das partes, os atos que se entende viciados.

O Tribunal poderá, até mesmo, para fazer uso de expressão razoavelmente comum na prática forense, “converter o julgamento em diligência”, para que a nulidade seja sanada, isto é, determinar que as partes (e eventuais

terceiros) pratiquem atos processuais com vistas à sanção da nulidade, tal qual reconhecida. Não há por que descartar, nesse contexto, que o Tribunal solicite esclarecimentos das partes a respeito da higidez do ato processual e, consoante as manifestações, determine, ou não, a correção do vício, sempre observando o contraditório.

Cria-se, assim, um *incidente processual* na fase recursal com vistas ao fim maior de extirpar do processo tudo o que possa comprometer o atingimento de sua finalidade primeira, viabilizando, com isto mesmo, o proferimento de uma decisão que atenda a sua própria razão de ser, que justifique, para todos os fins, a atuação do Estado-juiz: uma decisão “de mérito”, uma decisão que reconheça de quem é o direito controvertido e que crie condições para sua realização concreta. É neste sentido amplo que a “intimação das partes” a que faz referência o § 4º do art. 515 deve ser entendida.

A novidade trazida pelo dispositivo, que o distancia do parágrafo único do art. 560, está na *competência* para realizar o saneamento: ele poderá ser realizado perante o próprio Tribunal, sem necessidade de envio dos autos para o juízo monocrático, prolator da decisão recorrida. Por isto, é irrecusável o entendimento de que o parágrafo único do art. 560 – que se refere a “nulidades *supríveis*” – tenha sido *derrogado* pelo dispositivo em exame, limitando-se sua aplicação, com a remessa dos autos ao juízo *a quo*, a situações excepcionais em que a atividade saneadora do Tribunal se mostrar inapta para superar a nulidade processual (como se dá, por exemplo, no reconhecimento, em sede de apelação, que prova pericial indeferida pelo juízo de primeira instância e objeto de agravo retido é indispensável) ou quando a incidência de determinados princípios constitucionais do processo (ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, por exemplo) comprometer o ânimo de maior *eficiência* agasalhada pelo § 4º do art. 515.

Na hipótese de a nulidade não ser saneada, em que as partes (ou terceiros) não praticaram os atos que deveriam praticar para tal finalidade, a sorte do julgamento estará selada: o processo será extinto sem resolução de mérito, dada a ocorrência de algum dos óbices previstos pela fórmula ampla do inciso IV do art. 267. O prosseguimento do julgamento justifica-se, em tais hipóteses, para o proferimento de decisão nestes moldes.

### 6.1.1. Atuação monocrática e atuação colegiada

O § 4º do art. 515 também deixa a entender, pelo seu *texto*, que sua aplicação pressupõe manifestação *colegiada*. “O Tribunal poderá...”, é o que se lê no dispositivo.

Em um direito processual civil no qual a atuação do relator ganha cada vez mais destaque, cada vez mais relevância (v. n. 3.1, *supra*), é pertinente perguntar se ele, relator, pode, ao defrontar-se com a “nulidade sanável”, determinar, independentemente da manifestação do colegiado, a correção do vício, o saneamento da nulidade.

A resposta é positiva.

Se a finalidade última do § 4º do art. 515 é implementar maior celeridade e racionalidade aos julgamentos dos recursos aproveitando-se, ao máximo, da prática dos atos processuais, forte no que dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), não há razão para negar que o relator possa, sozinho, aplicar a nova regra. O que importa menos para chegar a esta conclusão é ler no dispositivo a palavra “tribunal” e entendê-la sinônima de uma necessária manifestação colegiada. Importa mais buscar nas diretrizes constitucionais e, mesmo, nos princípios infraconstitucionais do processo, aqui o da “instrumentalidade das formas” ou, consoante o caso, também o da “conservação dos atos processuais”, a diretriz a ser seguida pelo Estado-juiz, respeitadas as divisões de competência de cada órgão. Por isto, a ausência de previsão deste proceder do relator no art. 557 e em seus parágrafos é de nenhuma importância para fundamentar a conclusão a que chegou o parágrafo anterior.

Dentre outras, uma crítica contundente a este entendimento diz respeito ao cabimento do “agravo *interno*” do ato do relator (v. n. 5 do Capítulo 7). Se da decisão do relator cabe um *novo* recurso (o agravo interno, que tem como finalidade contrastar o acerto da decisão monocrática perante o colegiado), a economia e a racionalidade do julgamento, que o início deste número enalteceu, caem por terra.

A crítica é pertinente e correta. A possibilidade de recurso das mais variadas decisões (monocráticas ou colegiadas) é, contudo, característica do nosso sistema processual civil que não pode ser suprimida pela lei sem agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 2.1 do Capítulo 2). Ademais, se o temor de caber mais um recurso da decisão do

relator fará com que, na “prática”, o § 4º do art. 515 reclame sempre sua aplicação colegiada é questão diversa e que tem mais que ver com a sociologia do processo do que com a sua técnica.

Outra crítica que pode ser levantada à conclusão anterior diz com o emprego, pelo dispositivo, da locução “prosseguindo o julgamento da apelação”. Isto não seria indicativo de que o julgamento da apelação teve início, no julgamento reconheceu-se a nulidade, determinou-se sua sanção e, com ela, prosseguirá o julgamento? E se isto ocorreu, não estaria o dispositivo pressupondo manifestação colegiada?

As respostas são negativas. Não há mais espaço, no sistema processual civil, para vincular a ideia de “julgamento de uma apelação” – ou de qualquer recurso – a uma atuação necessariamente *colegiada*. Por força do alcance do art. 557, *caput*, o julgamento do recurso (inclusive da apelação) pode-se dar, desde que presentes os pressupostos de incidência daquele dispositivo, monocraticamente. Assim, adotando-se como premissas as conclusões até aqui expostas, o relator poderá, antes mesmo de levar o processo a julgamento público (à sessão de julgamento), reconhecer a nulidade e determinar, do seu gabinete, a sua correção pelas partes. Neste sentido, o “prosseguindo-se o julgamento da apelação” poderá significar que o relator nega seguimento ao recurso porque a nulidade não foi sanada a tempo e modo oportunos, ou que o caso comporta julgamento meritório monocrático, porque diante de uma das hipóteses do *caput* ou do § 1º-A do art. 557, ou, ainda, nas hipóteses que não reclamarem a incidência daquela regra, que o caso deverá, necessariamente, ir a julgamento perante o colegiado. Neste caso, ouve-se, se assim determinar a lei, o revisor (art. 551, *caput*) e, com o voto de ambos, o presidente designará data para o julgamento (art. 552, *caput*).

Para reforçar o entendimento exposto pelo parágrafo anterior, cabe reiterar o que consta do n. 6.1, *supra*, no sentido de que não há como recusar, aprioristicamente, a aplicação do art. 515, § 4º, ao juízo de admissibilidade do recurso e a eventuais vícios que, se não corrigidos, podem comprometer o *conhecimento* do recurso. E, assim sendo, é inegável a possibilidade de ampla aplicação da regra a cargo do relator (e, até, do revisor) para buscar superar eventuais vícios comprometedores da admissibilidade recursal.

## 6.1.2. Aplicação da regra aos recursos em geral

O § 4º do art. 515 refere-se expressamente ao “prosseguimento do julgamento da *apelação*”. É possível querer aplicá-lo aos demais recursos? Faz diferença que se trate de “recursos *ordinários*” ou “recursos *extraordinários*”?

A regra deve ser aplicada a todos os recursos, quaisquer que sejam eles, embora, com relação aos chamados “recursos *extraordinários*”, haja uma importante ressalva a ser feita.

O fato de o dispositivo em exame mencionar, apenas e tão somente, a “*apelação*” é de todo indiferente para afastar a incidência dos demais recursos. Aplicam-se, aqui, as razões expostas pelo n. 1 do Capítulo 1: trata-se de mais um dispositivo que, a despeito de sua localização, relaciona-se à “teoria geral dos recursos”, e não, especificamente, a qualquer uma de suas modalidades.

Contudo, pela sua própria natureza, a aplicação do art. 515, § 4º, deve ser afastada do recurso extraordinário e do recurso especial. Tais recursos, pela estreiteza de seu efeito devolutivo, é dizer, pela característica da identificação da matéria que será neles julgada (são recursos de “fundamentação *vinculada*”, como expõe o n. 4.2 do Capítulo 1), não admitem que sejam levadas em conta outras questões que não aquelas devidamente *prequestionadas* (v. n. 2.1 do Capítulo 11). Sem que a matéria, tal qual *decidida* nos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais, seja impugnada especificamente perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça mediante recurso extraordinário e recurso especial, respectivamente, não há como cogitar possa, mesmo diante da detecção de uma “nulidade *sanável*”, aguardar daquelas Cortes qualquer pronunciamento oficioso. Sem decisão e impugnação anterior (sem “causa *decidida*”; sem *prequestionamento*, portanto), não há espaço para que aqueles Tribunais se manifestem.

Mesmo a Súmula 456 do STF, segundo a qual “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”, não insinua entendimento contrário. É que sua incidência, independentemente do entendimento que a ela se dê, tema ao qual se volta o n. 8.1 do Capítulo 11, pressupõe o *conhecimento* do recurso. O problema de que trata o art. 515, § 4º, contudo, é óbice insuperável para o *conhecimento*

do recurso, isto é, não há como esperar que o Supremo Tribunal Federal e que o Superior Tribunal de Justiça conheçam de um recurso para sanear nulidades processuais até então não impugnadas. Não é esta a função que aqueles Tribunais devem exercer no “modelo constitucional do direito processual civil” brasileiro.

Faz-se fundamental, a respeito, a ressalva anunciada precedentemente. Uma coisa é entender e aplicar com todas as consequências daí derivadas que o recurso extraordinário e o recurso especial, por serem de “fundamentação *vinculada*” – imposta desde o “modelo constitucional do direito processual civil” –, não autorizam discussões à margem do que foi decidido pela instância *a quo*. Outra, bem diferente, é não admitir que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça verifiquem em que medida a disciplina legal dos recursos extraordinários e especiais que lhes são dirigidos foi observada e, consoante o caso, determinem ou, quando menos, tolerem seu saneamento. Assim, para validar a interposição de recurso sem procuração (v. n. 6 do Capítulo 11); para completar o valor das custas recursais nos termos do art. 511 (v. n. 2.7 do Capítulo 3), e em situações similares as mais variadas possíveis.

Para tais fins – bem diferentes da atividade saneadora de outras nulidades relativas ao processo que não foram, a tempo e modo oportunos, questionadas e, conseqüentemente, impugnadas para reexame perante aqueles Tribunais superiores, nulidades *extrínsecas* ao recurso, portanto –, não há como recusar aplicação plena ao § 4º do art. 515 mesmo diante daqueles Tribunais Superiores. As “nulidades sanáveis” aí referidas devem ser entendidas, amplamente, como vícios relativos aos próprios recursos dirigidos àqueles Tribunais Superiores, como nulidades *intrínsecas* ao próprio recurso. É acentuar de forma bem direta: a diretriz contida no art. 515, § 4º, pode e *deve* ser empregada no âmbito daqueles Tribunais para saneamento de eventuais vícios ou defeitos relativos aos recursos interpostos para ou perante aquelas Cortes e ao seu respectivo processamento, isto é, relativos ao juízo de admissibilidade (e não de mérito) dos recursos extraordinário e especial.

É esta a razão pela qual não merece acolhida o entendimento amplamente vencedor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (assim, *e.g.*: 1ª Turma, AI-AgR 646.222/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un.

20.11.2007, DJ 14.12.2007, p. 64; Pleno, AI-AgR-AgR 624.317/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 4.6.2007, DJ 24.8.2007, p. 24, e 2ª Turma, AI-AgR 541.454/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 8.8.2006, DJ 23.2.2007, p. 26) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 115, entendimento que veio de ser reiterado pela 1ª Seção no julgamento dos EREsp 899.436/SP, rel. p./acórdão Min. Eliana Calmon, j.m.v. 14.11.2007, DJ 19.12.2007, p. 1139, contra o voto proferido pelo Ministro José Delgado) de que o art. 13 não se aplica aos “recursos *extraordinários*”, limitando-se sua incidência às instâncias aos “recursos *ordinários*”. Além de aquele dispositivo não autorizar tal entendimento, a não aplicação do art. 13 no âmbito daquelas Cortes conspira não só contra a interpretação aqui proposta para o art. 515, § 4º, mas, superiormente, contra o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Embora a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Regionais Federais não seja tão rígida como a dos Tribunais Superiores quanto aos vícios formais relativos à interposição e andamento de recursos, nem por isto a diretriz consagrada no § 4º do art. 515 pode ser, por eles, desconsiderada. Pelo contrário. A nova regra vem para convidar também os julgadores destes Tribunais a uma reflexão mais detida sobre cada caso concreto e buscar, na medida do possível, o aproveitamento dos atos processuais, de todos eles, inclusive os relativos à interposição dos recursos, mesmo quando viciados ou defeituosos. O “princípio da instrumentalidade das formas” e o “princípio da conservação dos atos processuais” (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) devem ser amplamente utilizados também no plano dos Tribunais.

Assim, apenas para ilustrar a afirmação do último parágrafo, a formação defeituosa do instrumento de um recurso de agravo interposto contra a decisão do juízo de primeira instância não deve, sempre e em qualquer caso, levar à inadmissão monocrática do recurso, sendo imperioso distinguir entre as “peças *obrigatórias*”, as “peças *essenciais*” e as “peças *facultativas*”, na esteira do que propugnam os ns. 3.2.1 e 3.2.2 do Capítulo 7.

## **6.2. Pedido de vista**

Os §§ 2º e 3º do art. 555 ocupam-se de disciplinar o que a prática dos Tribunais brasileiros consagrou com o nome de “pedidos de vista”.

O § 2º, inspirado na ideia de maior celeridade e racionalidade dos processos em todos os graus de jurisdição, estabelece o prazo de dez dias para exame dos autos pelo julgador que “pede vista” para apreciação mais detida da causa e, também, que o julgamento será retomado, independentemente de publicação de nova pauta, na primeira sessão ordinária subsequente à devolução dos autos, isto é, tão logo o magistrado sinalize que já firmou seu entendimento sobre o caso.

A medida é salutar na busca do desiderato do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não há por que duvidar. A racionalidade e a celeridade dos julgamentos, inclusive no âmbito dos Tribunais, não podem impedir, contudo, que se levem em conta outros valores incidentes sobre o processo. Assim, melhor que admitir a retomada do julgamento do Tribunal “dispensada nova publicação em pauta”, é que as partes sejam, por intermédio de seus respectivos procuradores, intimadas da retomada do julgamento para acompanhá-los em respeito ao princípio do contraditório. A falta de intimação da retomada do julgamento, em tais situações, é causa de sua nulidade. Até porque é correto o entendimento de que a dispensa de *nova intimação* para a retomada do julgamento só se justifica quando ela se der em prazo razoável. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, EDcl na Rcl 1.215/DF, rel. Min. Og Fernandes, j.un. 24.6.2009, DJe 1.7.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 943.858/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 18.6.2009, DJe 29.6.2009; STJ, 1ª Seção, EREsp 474.475/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 14.3.2007, DJ 26.3.2007, p. 184.

O prazo de dez dias referido no § 2º do art. 555 é um prazo *impróprio* (v. n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Nem teria sentido se não o fosse, que, transcorrido o decêndio, o magistrado estivesse impossibilitado de decidir ou, mais amplamente, de tomar a providência que a ele compete.

O § 3º do art. 555, ciente de que se trata de um prazo meramente indicativo, impõe ao julgador que, não conseguindo analisar o caso ou, até mesmo, formar sua convicção naquele intervalo de tempo, requeira sua prorrogação ao presidente do órgão julgador, que, regra geral, não terá por que indeferir o pedido.

Se, entretanto, não houver o pedido de prorrogação, o mesmo dispositivo autoriza que o presidente do órgão julgador requisite os autos e os apresente para julgamento na sessão ordinária subsequente. Deverá fazê-lo, portanto,

sem levar em consideração o voto do julgador que requereu vista dos autos. Colherá os votos dos demais e, caso assim deseje aquele julgador que pediu vista dos autos, ele também acabará por proferir o seu. Do contrário, não votará. Na hipótese de empate, prevalecerá o que o Regimento Interno do Tribunal respectivo disciplinar, observado, sempre, o disposto no art. 555, *caput*.

Em tais casos, diferentemente do que se dá com relação ao § 2º do art. 515, a retomada do julgamento exige “publicação em pauta”. Dá-se a adequada publicidade ao julgamento para que não haja qualquer espécie de surpresa, para os interessados, de que este será retomado mesmo sem a manifestação formal do julgador que pediu vista dos autos, razão pela qual suspendeu-se, anteriormente, o curso do julgamento. A falta de intimação em tais hipóteses é de *nulidade* do julgamento, como já teve oportunidade de decidir, corretamente, a 1ª Turma do STJ na Questão de Ordem suscitada no REsp 756.530/DF, j.un. 15.5.2007, pelo Ministro Teori Albino Zavascki. Também quando há sucessivos adiamentos do julgamento, faz-se necessária renovada publicação do dia para julgamento, sob pena de se comprometer o “devido processo legal” (STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 783.192/DF, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 5.6.2007, DJ 29.6.2007, p. 494).

### **6.3. Sustentação oral**

*Antes* do proferimento do voto do relator, poderá haver a sustentação oral das razões recursais pelos procuradores do recorrente e do recorrido, desde que não se trate de “embargos de declaração” ou de “agravo de instrumento”.

De acordo com o art. 565, os procuradores que desejarem sustentar oralmente poderão requerer que o recurso seja julgado na sessão seguinte, em primeiro lugar, ressalvadas as preferências legais. Caso todos os procuradores manifestem-se concordes, a sustentação oral pode ser feita na própria sessão em que pautado o recurso, desnecessário o adiamento do julgamento.

A regra busca garantir que todos os procuradores possam preparar-se adequadamente para a sustentação oral quando um deles pretender realizá-la. Trata-se de medida afinada ao “modelo constitucional do processo civil”,

realizando, adequadamente, não só o princípio do contraditório mas também da isonomia.

O prazo para a sustentação oral é de quinze minutos para cada um. Havendo litisconsortes com procuradores diversos, o prazo deve ser dobrado (art. 191; v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I) e repartido proporcionalmente entre os procuradores (ou consoante acordem entre eles), o mesmo ocorrendo nos casos em que há terceiros recorrentes ou recorridos. O procurador do assistente, simples ou litisconsorcial, fará sua sustentação oral no prazo que o assistido dispuser para tanto.

Embora não haja *lei* expressa, não há como negar ao *amicus curiae* a possibilidade de sustentar oralmente as razões recursais nos processos em que sua intervenção tenha sido admitida. Trata-se de decorrência irrecusável do “princípio do contraditório” e de iniciativa que bem sintetiza a razão de ser desta modalidade de intervenção de terceiros (v. n. 4 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Por esta razão, não há como concordar, com o devido respeito, com o entendimento que já prevaleceu no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da QO no REsp 1.205.946/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.m.v. 17.8.2011.

O art. 7º, IX, da Lei n. 8.906/1994 permitia que a sustentação oral fosse feita *após* o proferimento do voto do relator, buscando, com a iniciativa, viabilizar mais ampla discussão da causa entre o relator e os procuradores das partes e de eventuais terceiros, em estreita consonância com o “princípio do contraditório” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). O dispositivo, contudo, foi considerado *inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.505/DF e ADI 1.127/DF.

Mais recentemente, a Emenda Regimental n. 20/2006 incluiu, no art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, um novo § 4º para conceder o prazo de trinta minutos para a sustentação oral em “causas ou recursos sobre questão idêntica”, independentemente do número de recursos a serem julgados. A medida que, indubitavelmente, viabiliza maior celeridade no julgamento daqueles recursos, precisa ser adotada com cautela porque pode prejudicar o direito, *legalmente reconhecido*, de os procuradores sustentarem oralmente as razões (ou contrarrazões) recursais na sessão de julgamento com relação às suas próprias causas e aos seus próprios recursos.

O ideal, mormente em se tratando de “causas ou recursos sobre questão idêntica”, seria que se designasse, ainda que por amostragem, alguma “audiência pública” em que procuradores escolhidos pelo próprio Tribunal ou pelos próprios interessados pudessem, em prazos mais dilatados a serem fixados consoante as necessidades de cada caso concreto, expor suas razões e contrarrazões aos julgadores. Por se tratar de “causas ou recursos múltiplos” aptos à criação de precedentes, a hipótese bem merece ser tratada como um caso em que os procuradores agiriam como *amicus curiae* (v. Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I), providência suficiente para flexibilizar a rigidez do art. 554 do Código de Processo Civil.

Havendo pedido formalizado, nos autos, de sustentação oral, o julgamento realizado sem que se dê prévia ciência das partes do dia do julgamento é nulo, não só por contrariar o art. 552, *caput*, mas, superiormente, por agredir o “princípio do contraditório”. A jurisprudência do STJ é riquíssima, sobre o tema, no que diz respeito ao julgamento de *habeas corpus* na esfera do direito processual *penal*. Não há, contudo, mormente quando a questão é analisada, como deve ser, da perspectiva do “modelo constitucional”, razão para tratar a hipótese diferentemente no plano do direito processual *civil*.

## 7. LAVRATURA DO ACÓRDÃO

Findo o julgamento com as intercorrências tratadas pelos números anteriores, se for o caso, com a conclusão dos incidentes de que se ocupam os Capítulos 2 e 3 da Parte II, e colhido o seu resultado, põe-se a questão da lavratura, isto é, da redação do *acórdão*.

Redigirá o acórdão – a decisão colegiada proferida no âmbito dos Tribunais (art. 163) – o relator ou, caso tenha sido seu o voto vencido, o magistrado que proferir o primeiro voto vencedor (art. 556, *caput*). Mesmo quando houver, por qualquer motivo, antecipação do voto por algum dos membros do colegiado, o acórdão será redigido pelo magistrado que, na ordem de antiguidade, suceder ao relator, isto é, observando-se a ordem regular de votação.

A lavratura do acórdão, bem assim a confecção dos votos e, mais amplamente, dos atos processuais no âmbito dos Tribunais, pode ser feita por meios eletrônicos, observadas as exigências de autenticidade e garantia impostas pela Lei n. 11.419/2006. Quando os autos do processo forem

convencionais, isto é, em papel, toda a comunicação eletrônica será impressa para ser juntada a eles (art. 556, parágrafo único).

O acórdão conterá, necessariamente, a ementa, que é a indicação, em forma de resumo, de suas principais conclusões ou tese jurídica por ele sustentada, isto é, sua fundamentação, que decorre, não fosse a clareza do dispositivo em exame, superiormente, do “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A exigência, feita pelo art. 563, quer viabilizar uma mais fácil identificação do quanto decidido e, em larga escala, auxiliar a percepção da *jurisprudência* do Tribunal. Sua ausência dá ensejo à interposição de embargos de declaração com fundamento no art. 535, II, bem como, com fundamento no art. 535, I, se entre ela, a ementa, e o restante do acórdão decorrer alguma contradição (v. n. 2 do Capítulo 8).

Sobre a necessária fundamentação do acórdão, cabe destacar o art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual: “Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”. A iniciativa, que quer se harmonizar com o “princípio da economia e eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), pressupõe que a motivação do acórdão consiga justificar a adoção da “fundamentação *per relationem*” e, para tanto, ela tem que ser *suficiente*, sobretudo para demonstrar que a fundamentação da decisão a ser mantida é, por si só, bastante para rebater as críticas a ela dirigidas no recurso interposto.

Uma vez lavrado, as conclusões do acórdão – e o que pode suficientemente fazer as suas vezes, a sua *ementa* – devem ser publicadas no órgão oficial, para ciência das partes e de eventuais terceiros no prazo de dez dias (art. 564). É desta publicação que tem fluência o prazo para interposição de eventuais recursos do acórdão (v. n. 2.5 do Capítulo 3).

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A apelação é tida como o “recurso por excelência”. Certamente por força de suas razões e desenvolvimento histórico, é a partir dela que a própria teoria geral dos recursos foi e pode ser construída. O Código de Processo Civil brasileiro, aliás, embora distinga as normas gerais (arts. 496 a 512) sobre recursos de suas variadas espécies, inclusive no que diz respeito à apelação (arts. 513 a 521), parece, por vezes, esquecer-se desta sua proposta e prever uma série de regras, claramente afetas à teoria geral, exclusivamente dentro do Capítulo dedicado à apelação.

O presente Capítulo e os seguintes, que integram esta Parte I, voltam-se ao estudo das diversas espécies recursais, começando pela apelação, aplicando a cada uma das modalidades recursais as considerações mais amplas que os Capítulos anteriores, 1 a 5, a seu tempo, cuidaram de expor, sem prejuízo, evidentemente, de apresentar e examinar, com a profundidade necessária, seus específicos desdobramentos.

### 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O recurso de apelação cabe das sentenças, no que é bastante claro o art. 513. Não subsiste, no sistema atual, a dualidade existente no Código de Processo Civil de 1939, que distinguia os recursos cabíveis das “sentenças *terminativas*” dos recursos cabíveis das “sentenças *definitivas*”, reservando somente a estas o seu contraste pela apelação e prevendo para aquelas o cabimento do recurso de “agravo de petição”, desconhecido pelo Código de 1973.

Com vistas a um mais eficiente funcionamento do sistema recursal é que o Código de Processo Civil vigente optou por simplificar a questão,

*unificando* o regime recursal daquelas duas espécies de sentença, hoje previstas, respectivamente, nos arts. 267 e 269.

O advento da Lei n. 11.232/2005 e da nova redação dada ao § 1º do art. 162, contudo, rende ensejo a acesa polêmica sobre o que é “sentença” e se é mesmo bastante sua distinção das “decisões interlocutórias” tão somente pelo seu conteúdo, e não pela sua função processual.

O n. 5 do Capítulo 2 retoma o assunto, sem prejuízo das considerações que, a respeito, faz o n. 1.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I, firmando o entendimento de que o *conteúdo* de um dado ato jurisdicional é, para o sistema processual civil, insuficiente para discernir as sentenças das decisões interlocutórias. Também a sua *função* processual deve ser levada em conta. Assim, para este *Curso*, vale a ênfase, sentenças são os atos proferidos pelos juízos de primeira instância que, tendo o conteúdo dos arts. 267 e 269, encerram a “etapa cognitiva”. É destes atos e não de outros que, embora tenham conteúdo amoldável àqueles dois dispositivos legais, cabe o recurso de apelação, disciplinado pelos arts. 513 a 521, objeto de exame neste Capítulo. As outras decisões proferidas pelos juízos de primeira instância são, por definição, *interlocutórias* (art. 162, § 2º), e, como tais, desafiam contraste pelo recurso de agravo, objeto de exame pelo Capítulo 7.

### **3. REGULARIDADE FORMAL**

De acordo com o art. 514, a apelação será apresentada ao juízo prolator da sentença em petição que conterà: “I – os nomes e a qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; III – o pedido de nova decisão”.

As exigências são plenamente compatíveis e justificáveis à luz do que o n. 2.6 do Capítulo 3 chamou de “regularidade formal”.

A exigência do inciso I do art. 514, quanto ao recurso de apelação indicar os nomes e a qualificação das partes serve para evidenciar quem é apelante (aquele que apresenta o recurso de apelação) e quem é apelado (em face de quem se apresenta o recurso de apelação). Nos casos em que a apelação é apresentada pelas *partes* do processo (autor e réu), a imposição legislativa não deve ser compreendida sem levar em conta os princípios regentes da nulidade dos atos processuais: é suficiente que apelante e apelado sejam identificados como tais, desnecessária a sua qualificação quando ela já

constar dos autos e não houver nenhuma modificação a ser feita. Sem prejuízo, não há espaço para a invalidação de qualquer ato processual (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Em se tratando de recurso de apelação apresentado por *terceiro* (art. 499; v. n. 2.2.2 do Capítulo 3), contudo, a exigência é indispensável, porque é pela apresentação do apelo que o terceiro requer a sua intervenção no processo pendente.

Os “fundamentos de fato e de direito”, exigência feita pelo art. 514, II, são, verdadeiramente, as chamadas “razões de apelação” e que fazem as vezes de uma verdadeira “causa de *recorrer*”, paralela ao que, na petição inicial, dá-se com a “causa de pedir”. Tais razões consistem na apresentação dos motivos e dos fundamentos – fáticos e legais – para que a sentença seja reexaminada, sendo anulada ou reformada, consoante o caso. Os fundamentos podem ser fáticos e legais porque a apelação, recurso de “fundamentação livre” (v. n. 4.2 do Capítulo 1), tem aptidão de contrastar, das mais diversas perspectivas, os vícios, *in procedendo* e *in judicando*, da atividade jurisdicional da primeira instância. Não há restrição, no sistema, para a produção, inclusive, de novas provas na apelação, desde que observadas as exigências do art. 517 (v. n. 3.1, *infra*).

É importante notar que as razões são apresentadas conjuntamente com a exteriorização processual da vontade de que o apelante pretende ver a sentença reexaminada pela instância superior.

Os “fundamentos de fato e de direito” dão embasamento à formulação do “pedido de nova decisão”, tal qual exige o art. 514, III. Trata-se, aqui, da revelação do que pretende o apelante com o seu recurso: *anulação* da sentença ou *reforma* da sentença. Como todo pedido, é fundamental que ele decorra logicamente das razões recursais, sob pena de a apelação não receber crivo positivo no que diz respeito ao seu juízo de admissibilidade (v. n. 2.6 do Capítulo 3).

O pedido de nova decisão deve ser expresso, sendo aplicáveis à sua interpretação as mesmas considerações feitas pelo n. 7.7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I. No caso, contudo, de o apelante pedir a reformulação total da sentença, não há qualquer óbice para que o Tribunal *ad quem*, conhecendo da apelação, dê a ela *parcial* provimento para reformar, apenas em parte, a sentença proferida pelo juízo da primeira instância,

reduzindo, por exemplo, o valor da indenização. É entendimento que já prevaleceu na 4ª Turma do STJ quando do julgamento do REsp 685.266/MG, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j.un. 27.2.2007, DJ 26.3.2007, p. 246, com menção a diversos precedentes no mesmo sentido.

O prazo para interposição do recurso de apelação é de quinze dias, sendo-lhe aplicáveis as mesmas considerações feitas, a propósito dos arts. 506 e 508, pelo n. 2.5 do Capítulo 3.

A apelação deve ser acompanhada não só de suas razões e de eventuais documentos, se for o caso (art. 517; v. n. 3.1, *infra*), mas também do comprovante do recolhimento das “custas recursais”, isto é, do preparo. O art. 519, ao prever que o magistrado pode conceder prazo para relevar a pena de deserção quando provado o “justo motivo” em favor do apelante, confirma a regra do art. 511. São aplicáveis, por isso, as mesmas considerações feitas pelo n. 2.7 do Capítulo 3 àquele dispositivo.

A petição respectiva será protocolada onde indicado pela legislação local, aplicável, a ela, o disposto no parágrafo único do art. 547. Sua interposição por fax ou por meios eletrônicos deve observar o que, sobre o tema, tratou o n. 2.6 do Capítulo 3.

### **3.1. Apresentação de novos fatos e apelação**

De acordo com o art. 517, “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”. A melhor interpretação para o dispositivo, fazendo eco ao que tratam o n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II e o n. 10 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I, é a de que somente poderá haver inovação no material fático constante dos autos por ocasião do julgamento do apelo quando a parte demonstrar, nas razões de recurso, que não pôde apresentar aquele material antes da decisão de primeira instância por “força maior”.

Assim, quando o fato não tiver ocorrido antes do proferimento da sentença ou quando, a despeito de ter ocorrido, for desconhecido pelo apelante ou, ainda, nos casos em que, por motivos justificados, o fato era de conhecimento da parte mas ela não tinha condições de aportá-lo ao processo por intermédio de seu procurador.

Embora o texto do art. 517 dê margem a entendimento diferente, não há como recusar a correção de, depois da interposição do recurso de apelação, e enquanto se aguarda o seu julgamento – o que em alguns Tribunais brasileiros não costuma demorar menos que alguns anos –, as partes (ou eventuais terceiros) comuniquem novo fato, importante para o deslinde do processo, justificando a razão de o fazer só naquele instante. Desde que haja pleno e suficiente contraditório a seu respeito, o Tribunal poderá manifestar-se sobre ele, proferindo, a seu respeito, o julgamento que entender pertinente. Entendimento diverso seria agredir o “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Quando for impossível a produção e a avaliação da prova em sede recursal, assim entendida também a ressalva do parágrafo anterior, uma vez transitada em julgado a decisão, a hipótese poderá comportar, conforme o caso, “ação rescisória” fundada no inciso VII do art. 485, assunto ao qual se volta o n. 6.7 do Capítulo 1 da Parte II.

Por sua vez, as novas questões de *direito* que poderão ser suscitadas pelos recorrentes amoldam-se ao conceito de *jus superveniens* adotado pelo art. 462, indiscutivelmente aplicável à fase recursal, a despeito do silêncio do art. 517 (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Também com relação a elas é indispensável *prévio* contraditório das partes e de eventuais terceiros, para legitimar a decisão a ser proferida no “modelo constitucional do processo civil”.

## 4. EFEITOS

Sem prejuízo das considerações genéricas que ocupam o Capítulo 4, há algumas peculiaridades nos efeitos *devolutivo* e *suspensivo* da apelação que exigem o desdobramento da matéria, assunto ao qual se voltam os números seguintes.

### 4.1. Efeito devolutivo

O *caput* do art. 515, ao prever que “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”, descreve, com acerto suficiente, no que consiste o efeito devolutivo dos recursos em geral (v. n. 6 do Capítulo 4) e da apelação em específico.

A apelação “devolverá” (isto é, *transferirá*) ao Tribunal a matéria questionada pelo apelante, na medida em que ele o tenha feito. Em se tratando de matéria sobre a qual é vedada a atuação oficiosa do magistrado, seu reexame depende da iniciativa do apelante. As matérias que, a despeito da manifestação de inconformismo do apelante, podem ser revisadas pelo órgão *ad quem* relacionam-se ao “efeito *translativo*”, assunto ao qual se volta o n. 7 do Capítulo 4.

De acordo com o art. 516, poderão ser apreciadas ao ensejo da apelação as questões anteriores à sentença ainda não decididas. Como se trata de questões ainda não decididas, não paira sobre elas preclusão e, por isto, é viável a sua reapreciação, desde que o apelante assim requeira. Caso não faça pedido neste sentido (art. 514, III; v. n. 3, *supra*), haverá, sobre a questão *preclusão* ou, em se tratando de questão de ordem pública (inapta para precluir), seu enfrentamento deve dar-se no contexto do “efeito *translativo*” dos recursos (v. n. 7 do Capítulo 4).

É esta a razão pela qual o n. 6 do Capítulo 4 defendeu o entendimento de que o § 1º do art. 515 e o art. 516 tratam do mesmo fenômeno, quando analisados, como deve ser, da perspectiva do “efeito *translativo*” dos recursos.

O efeito devolutivo da apelação é indicativo, ademais, de que, sem pedido do apelante, não é possível agravar a situação do apelado. Embora a lei processual civil não seja clara a respeito, trata-se de aplicação do princípio que veda, no nosso sistema, a *reformatio in pejus* (v. n. 12 do Capítulo 2).

## 4.2. Efeito suspensivo

O tema do efeito suspensivo da apelação é disciplinado pelo art. 520. A regra é de que toda apelação o tenha, o que significa reconhecer que a simples circunstância de se tratar de sentença sujeita a apelação munida de efeito suspensivo inibe que aquele ato processual surta os seus efeitos, à exceção dos casos expressamente previstos em lei, como se dá, por exemplo, com o art. 466 (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

Excepcionalmente, contudo, a própria lei processual civil retira o efeito suspensivo da apelação, permitindo, conseqüentemente, o início da “execução provisória”, no que são expressos os arts. 475-I, § 1º, e 521. A

expressão “execução provisória”, nos casos que interessam ao desenvolvimento do presente Capítulo, significa a possibilidade de a sentença produzir os seus regulares efeitos, independentemente de quais sejam, antes e independentemente de sua reapreciação pelo Tribunal *ad quem*.

Os casos em que a subtração do efeito suspensivo se dá por opção expressa do legislador processual civil brasileiro, isto é, *ope legis*, são os dos incisos do art. 520, objeto de exame pelos ns. 4.2.1 a 4.2.7, *infra*. Os ns. 4.2.9 e 4.2.10, *infra*, ocupam-se das hipóteses em que o próprio magistrado pode *alterar* o efeito suspensivo da apelação, idealizado abstratamente pelo legislador, à luz das vicissitudes do caso concreto que examine. O efeito suspensivo, nestes casos, dá-se *ope judicis*.

#### 4.2.1. Homologação de divisão ou demarcação

O primeiro caso em que a lei processual civil retira expressamente o efeito suspensivo da apelação é o do inciso I do art. 520. Segundo o dispositivo, a apelação dirigida à sentença que “homologar a divisão ou a demarcação” será recebida “só no efeito devolutivo”.

As chamadas “ação de divisão” e “ação de demarcação de terras particulares” são procedimentos especiais regulados pelos arts. 946 a 981 que visam a obrigar os condôminos a partilhar a coisa comum e a definir os limites de propriedade entre dois confinantes, consoante se lê dos incisos II e I do art. 946, respectivamente. São procedimentos que, na “etapa *cognitiva*” (v. n. 2 da Introdução do vol. 2, tomo I), aceitam dois momentos diversos e subsequentes, verdadeiramente complementares, antecedentes da “etapa *executiva*”. No primeiro, decide-se acerca da existência do direito de dividir ou de demarcar (art. 968 c/c o art. 955 e art. 955 c/c o art. 958, respectivamente). O segundo, por sua vez, destina-se à homologação desta divisão ou desta demarcação (arts. 980 e 966, respectivamente).

A dificuldade interpretativa que o art. 520, I, põe é saber a qual dos momentos noticiados pelo parágrafo anterior diz respeito a sentença a que ele se refere. O melhor entendimento é o de que a subtração do efeito suspensivo dá-se somente com relação ao apelo dirigido à sentença que homologa a divisão ou a demarcação, admitindo-se, conseqüentemente, que a *execução* daquela decisão, isto é, o início dos atos jurisdicionais voltados à

realização *concreta* da divisão ou da demarcação, tenha início independentemente do desfecho da fase recursal.

## 4.2.2. Prestação de alimentos

A segunda hipótese prevista pelo inciso II do art. 520 é da sentença que “condenar à prestação de alimentos”. A apelação não tem efeito suspensivo, destarte, quando pedido de prestação alimentícia – que deverá observar o *procedimento* especial regulado pela Lei n. 5.478/1968 – for julgado procedente, admitindo-se, como consequência, a execução provisória. Nada mais coerente, aliás, considerando que aquele “procedimento especial” admite que o magistrado, diante dos pressupostos do art. 4º do mesmo diploma legal, antecipe, em prol do autor, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

Dúvida pertinente diz respeito a saber se a apelação interposta de sentença que *majora* ou *reduz* a pensão alimentícia ou que *exonera* o alimentante deste dever fica sujeita ao dispositivo aqui examinado. Considerando a finalidade do art. 520, II, é irrecusável admitir a execução provisória *ex lege* em tais casos. Neste sentido decidiu a 3ª Turma do STJ no REsp 1.280.171/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 2.8.2012, DJe 15.8.2012.

Quando cumulado o pedido de alimentos com o de investigação de paternidade, o recurso dirigido contra a sentença que os julga procedentes não pode ter o condão de impedir a exigibilidade, desde pronto, dos alimentos reconhecidos na sentença, devendo ser aplicado, à hipótese, o inciso II do art. 520. Neste sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 819.729/CE, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 9.12.2008, DJe 2.2.2009.

A hipótese, verdadeiramente, equipara-se ao julgamento *conjunto* de duas demandas, reunidas em um mesmo processo, cada qual reclamando regime dos efeitos recursais diverso. Quanto ao capítulo da sentença que julga os alimentos (fixando-os), tem plena incidência a regra codificada.

De outro lado, quando *negada* a relação de filiação, não é possível a concessão de alimentos enquanto pende de exame e julgamento pela instância superior o recurso de apelação interposto pela parte prejudicada. É que, negada a relação de parentesco, inviável a concessão de alimentos,

donde seguir-se a *rejeição* da pretensão alimentícia e o conseqüente afastamento da regra do inciso II do art. 520.

Da mesma sorte, a sentença proferida em ação cautelar de alimentos *provisionais* (art. 852) comporta apelação a ser recebida apenas em seu efeito devolutivo (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 4). A regência da hipótese, contudo, é a do inciso IV do art. 520 (v. n. 4.2.3, *infra*) e não do inciso II, por ora examinado.

Pelas mesmas razões expostas pelo n. 3 do Capítulo 7 da Parte II do vol. 3, é irrecusável a aplicação do inciso II do art. 520 para quaisquer verbas alimentares, mormente para as que são devidas pelo reconhecimento da prática de ato ilícito (art. 948, II, do Código Civil), e não apenas para aquelas derivadas do direito de família, aí compreendida também a relação entre companheiros (art. 1.694 do Código Civil). É que, em quaisquer destas situações, faz-se presente a mesma finalidade nas regras de direito material a serem filtradas de igual forma pela regra processual: o credor da verba alimentar, independentemente do específico motivo de sua fixação, tem *necessidade* de seu recebimento imediato e, por isto, a subtração do efeito suspensivo da apelação, com a conseqüente admissão da “execução provisória”, mostra-se verdadeiramente imperativa. O entendimento, contudo, não é acolhido em jurisprudência e conduz, por isto mesmo, ao que expõe o n. 4.2.10, *infra*, acerca da viabilidade de o magistrado, por força da específica situação concreta que julga, admitir, ele próprio, a execução provisória, antecipando os efeitos da tutela jurisdicional pela retirada do efeito suspensivo da apelação.

Quando o pedido de alimentos for *rejeitado*, não tem aplicação o inciso II do art. 520.

A propósito do assunto, importa destacar que é amplamente vencedor o entendimento (v., a título ilustrativo: STJ, 3ª Turma, REsp 746.760/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 6.11.2007, DJ 14.11.2007, p. 403; STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 12.908/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 23.8.2007, DJ 31.10.2007, p. 318; e STJ, 3ª Turma, REsp 662.754/MS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 22.3.2007, DJ 18.6.2007, p. 256) de que, nos casos em que a prestação alimentícia foi *liminarmente* fixada, isto é, em que há “antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional” (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), a sentença que

rejeita o pedido, embora fora da incidência do art. 520, II, e, portanto, contrastável por apelação munida de efeito suspensivo, tem eficácia *imediata* e, conseqüentemente, é incabível a execução provisória da sentença durante a tramitação do apelo, entendendo-se que a dívida alimentar, em tais casos, restringe-se ao período que transcorreu entre sua fixação liminar e o proferimento da sentença.

Com o devido respeito, a melhor interpretação para a espécie é a que reconhece ao efeito suspensivo da apelação aptidão para sustar *também* os efeitos da sentença no que diz respeito à cassação da decisão anteriormente proferida, liberando os efeitos da tutela jurisdicional. O problema não se põe no plano do inegável aprofundamento da “cognição jurisdicional” (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) quando do proferimento da sentença e, até mesmo, de sua *validade*, mas, diferentemente, no plano da *eficácia* daquele ato jurisdicional. O efeito suspensivo, por impedir que a sentença produza os seus regulares efeitos de imediato (v. n. 3 do Capítulo 4), inibe a consumação da revogação que ela, proferida com cognição mais profunda, acarreta em relação à decisão interlocutória anterior.

De qualquer sorte, para aqueles que não compartilham do entendimento sustentado pelo parágrafo anterior, resta ao interessado buscar, perante o Tribunal *ad quem*, medida que lhe assegure o resultado útil do julgamento do recurso de apelação interposto. É tema para cuja exposição volta-se o n. 3.2 do Capítulo 5.

#### 4.2.3. O “processo cautelar”

A sentença que julgar o processo cautelar está sujeita a produzir, desde logo, os seus efeitos, porque a apelação dela cabível não tem efeito suspensivo. A disposição afina-se à propensão de o chamado “processo cautelar” (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) veicular o que este *Curso* denomina “tutela jurisdicional preventiva”, máxime quando fundada em *urgência* e, conseqüentemente, surtir seus efeitos desde logo (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Não é por outro motivo, aliás, que o art. 273, I, expressamente admite ao magistrado *antecipar* os efeitos da sentença que proferirá, mesmo sem prévia citação do réu (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

A orientação prevalece para quaisquer dos casos que o Código de Processo Civil disciplina como “cautelar”, em seu Livro III, e, à exceção de regras específicas, como se verifica, por exemplo, no âmbito do “direito processual público” (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), também para as cautelares disciplinadas pela legislação processual civil extravagante.

Embora injustificável à luz do sistema processual civil, tema ao qual se dedica o n. 8 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 4, é bastante frequente que o chamado “processo cautelar” seja sentenciado em conjunto com o chamado “processo de conhecimento”. Em tais casos, é imperioso entender que a sentença, embora *formalmente* uma, é, na verdade, substancialmente duas, uma para cada “processo” ou, como prefere este *Curso*, uma para cada pedido de tutela jurisdicional. Trata-se de claro exemplo em que a sentença contém, ao menos, *dois capítulos* (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I), cada um deles voltado a julgar uma específica pretensão. Assim, no que diz respeito ao *capítulo* que concede ou não concede a cautelar, aplica-se o disposto no art. 520, IV. Neste sentido, com base em diversos precedentes, STJ, 3ª Turma, REsp 970.275/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 11.12.2007, DJ 19.12.2007, p. 1230.

Para a hipótese de anterior “liminar” (art. 804) ter sido proferida e a sentença revogá-la, isto é, não acolher o pedido do autor, a falta de efeito suspensivo ao recurso de apelação, imposta pelo dispositivo aqui examinado, não impede a consumação da revogação e, por este motivo, a insubsistência da anterior liminar, diferentemente do que o n. 4.2.2, *supra*, sustentou com relação à hipótese do inciso II do art. 520.

É irrecusável, contudo, que o interessado possa buscar, perante o Tribunal *ad quem* medida que assegure o resultado útil que pretende com o julgamento da apelação, o que fará com observância das considerações expostas pelo n. 3.2 do Capítulo 5.

Como adiantado, há algumas exceções no sistema processual civil com relação à regra do inciso IV do art. 520, assim, por exemplo, o art. 3º da Lei n. 8.437/1992. São leis flagrantemente violadoras do “modelo constitucional do processo civil”, que atribuem a sentenças proferidas no “processo cautelar” *contra* os interesses da Fazenda Pública efeito suspensivo. Tanto mais quando comparadas com outras regras que admitem a eficácia imediata

das cautelares *favoráveis* à Fazenda Pública (assim, por exemplo, o art. 17 da Lei n. 8.397/1992, que institui a chamada “medida cautelar fiscal”).

#### 4.2.4. Embargos à execução

De acordo com o inciso V do art. 520, não tem efeito suspensivo a sentença que “rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”.

O dispositivo, de acordo com as considerações expostas pelo n. 8 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3, não sobreviveu à Lei n. 11.232/2005 e à Lei n. 11.382/2006, e às profundas modificações que elas introduziram na “tutela jurisdicional executiva” do Código de Processo Civil. Os embargos são rejeitados, liminarmente ou a final e independentemente do fundamento de seu indeferimento, por “decisão *interlocutória*” que desafia o recurso de agravo de instrumento. É pertinente lembrar que, dentre os pressupostos dos embargos, está a discussão relativa ao “direito de retenção de benfeitorias” (art. 745, IV; v. n. 6.4 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3).

Tanto assim que a Lei n. 11.232/2005 expressamente revogou o inciso III do art. 520, que previa apelação, embora sem efeito suspensivo, da decisão “que julgar a liquidação de sentença” porque somente no sistema original do Código de Processo Civil era plenamente compatível sustentar a existência de uma *sentença* que declarasse encerrada a liquidação, que, para muitos autores, deveria ser entendida como verdadeiro (e novo) “processo” veiculador de uma nova (e distinta) “ação”. Não mais, contudo, como demonstra o n. 6.1 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3. Mesmo que esvaziada diante da insubsistência do precitado inciso III do art. 520, a Súmula 118 do STJ já distinguia, corretamente, a *sentença* que julgava a liquidação, para a qual cabia, em quaisquer de suas modalidades, a *apelação*, das *decisões interlocutórias* que se limitavam a homologar cálculos de atualização, para as quais o recurso apropriado era o de *agravo de instrumento*.

De qualquer sorte, mesmo para quem não concordar com o entendimento exposto pelo parágrafo anterior, vale o destaque de que a ausência de efeito suspensivo ao recurso de agravo afina-se, em tudo, com o inciso V do art. 520, é dizer, a decisão que rejeita os embargos à execução surtirá, de imediato, seus regulares efeitos. Naqueles casos em que os embargos à execução foram processados com efeito suspensivo (art. 739-A), a retomada

dos atos executivos será *provisória*, isto é, com as ressalvas do art. 475-O, no que é expresso o art. 587, diretriz que se sobrepõe à orientação doutrinária e jurisprudencial amplamente majoritária em sentido contrário (Súmula 317 do STJ), demonstração à qual se volta o n. 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3.

A mesma conclusão deve ser aplicada para os chamados “embargos de segunda fase”, isto é, embargos à adjudicação, alienação ou arrematação (art. 746). A decisão que os rejeita, após as mais recentes “Reformas do CPC”, também é interlocutória, razão suficiente para afastar de sua incidência o disposto no art. 520, V. A Súmula 331 do STJ, segundo a qual “A apelação interposta contra sentença que julga embargos à arrematação tem efeito meramente devolutivo”, aplicando, à espécie, o precitado dispositivo, assim, perde seu substrato de validade, embora, vale o destaque, a sua *ratio* mantém-se incólume porque o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo.

A aplicabilidade do disposto no art. 520, V, para os chamados “embargos de terceiro” (arts. 1.046 a 1.054) e aos “embargos monitórios” (art. 1.102-C) é tema para o qual se volta o tomo II do vol. 2.

#### 4.2.5. Pedido de instituição de arbitragem

O inciso VI do art. 520 retira o efeito suspensivo da apelação interposto da sentença que “julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem”. Trata-se de regra que foi introduzida pela Lei n. 9.307/1996, que disciplina o chamado “processo arbitral” (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1).

O dispositivo refere-se ao julgamento do processo *jurisdicional* de que trata o art. 7º daquele diploma legislativo, que tem cabimento quando qualquer das partes signatárias da “cláusula compromissória” recusar-se a instituir a arbitragem. A tutela jurisdicional, nestes casos, é para que o contratante se sujeite à arbitragem.

Julgado procedente o pedido, a sentença judicial fará as vezes do compromisso não firmado (art. 7º, § 7º, da Lei n. 9.307/1996). É o recurso de apelação interposto desta sentença que não tem efeito suspensivo, o que significa admitir que os efeitos daquela decisão – a instituição *forçada* da arbitragem – podem ser sentidos desde logo, sendo de todo indiferente, para este fim, que seus efeitos predominantes não sejam, para empregar a

nomenclatura tradicional, “condenatórios” (v. n. 8.5.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Quaisquer efeitos das decisões jurisdicionais podem ser sentidos *antecipadamente* quando presentes os pressupostos autorizadores do sistema, que, no particular, é expresso na regra em exame.

#### 4.2.6. Sentença que confirma anterior antecipação da tutela

Esgotando o rol do art. 520, seu inciso VII subtrai o efeito suspensivo da apelação interposto da sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

O dispositivo, acrescentado pela Lei n. 10.352/2001, buscou compatibilizar flagrante incongruência que o Código de Processo Civil, desde a introdução do instituto da “tutela antecipada” (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), passou a sofrer: a decisão que antecipava a tutela para os fins do art. 273 tinha mais força no plano material, exterior ao processo, que a sentença que a confirmava, embora ela, a decisão antecipatória da tutela, fosse proferida com base em cognição jurisdicional menos profunda que a da sentença. Esta, a sentença, porque sujeita a recurso munido de efeito suspensivo, tendia a ser ineficaz, sustando, por isto mesmo, os efeitos até então produzidos com base naquela anterior decisão.

A regra, ao prever que não tem efeito suspensivo a apelação interposta de sentença que confirma anterior decisão antecipatória da tutela, passou a admitir que os mesmos efeitos experimentados ao longo do processo (a “tutela *antecipada*”) pudessem continuar a ser sentidos, com igual intensidade, a despeito do proferimento da sentença.

Sem prejuízo das considerações que ocupam o n. 6 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 4, a melhor interpretação para o dispositivo é a que entende ausente o efeito suspensivo da apelação não só quando a sentença confirma a antecipação dos efeitos da tutela – o que pressupõe antecipação anterior a seu proferimento – mas também quando a tutela é antecipada *na* sentença e, ainda, quando a tutela é antecipada *após* a sentença.

A expressão “tutela antecipada” deve ser entendida, para melhor compreender a afirmação do último parágrafo, como sinônimo de antecipação dos *efeitos* da tutela jurisdicional, sendo certo que a antecipação se dá com relação aos instantes procedimentais que a lei

permite que aqueles efeitos possam ser sentidos. Assim, importa distinguir o proferimento da sentença que, se é certo, *veicula* tutela jurisdicional, não necessariamente admite a produção de seus regulares efeitos imediatamente, o que está na dependência de o recurso de apelação a ela dirigida ter, ou não, efeito suspensivo (v. n. 4.2, *supra*). É esta a razão pela qual o proferimento da sentença, por si só, nem sempre tem aptidão para *prestar* tutela jurisdicional.

Como a produção de efeitos da sentença é questão que se relaciona intimamente com a ausência do efeito suspensivo, é fundamental compreender que “efeito suspensivo” e “antecipação da tutela” são noções diametralmente antagônicas. É esta a razão de ser da interpretação aqui defendida para o inciso VII do art. 520: a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é fator inibidor do efeito suspensivo da apelação e, conseqüentemente, que agrega às sentenças sujeitas a apelação munida de efeito suspensivo o que elas, quando analisadas desta perspectiva, não têm: efeitos *imediatos*. Se elas têm efeitos imediatos é porque a apelação não tem efeito suspensivo e, por isto mesmo, não há interesse na antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Nos casos em que a sentença confirma apenas em parte anterior antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, é somente com relação a esta parte que incide o art. 520, VII, tirando o efeito suspensivo da apelação. Ocorre, contudo, que, com relação à outra parte, o efeito suspensivo da apelação (art. 520, *caput*) tem o condão de impedir a “revogação” da tutela antecipada pela sentença – as razões são as mesmas do n. 4.2.2, *supra* –, forçando a parte contrária a questionar esta situação perante o Tribunal *ad quem* com o recurso de agravo de instrumento (art. 522; v. n. 3 do Capítulo 7) ou com o uso de outras medidas, como expõe o n. 3.2 do Capítulo 5.

Na hipótese inversa, de a antecipação ter sido parcial e a sentença acolher integralmente o pedido de tutela jurisdicional, só quanto à parte *confirmada* é que será admissível o prosseguimento da produção de seus efeitos. Para o restante, o caso depende de concessão da tutela antecipada *na* ou *após* a sentença, a autorizar, conseqüentemente, a execução provisória do julgado.

Idêntico raciocínio ao do parágrafo anterior deve ser empregado quando o alcance da sentença e da antecipação da tutela a ela anterior não coincidir.

Em tal hipótese, incide a regra do *caput* do art. 520, como bem decidiu a 1ª Turma do STJ no REsp 1.174.414/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 12.4.2011, DJe 15.4.2011.

Se, por fim, a sentença é proferida em sentido oposto ao da anterior decisão antecipatória da tutela, o efeito suspensivo da apelação, que incide por força do *caput* do art. 520, conduz à mesma situação apontada pelo penúltimo parágrafo: ele tem o condão de impedir, pelas razões já expostas, a efetiva revogação da tutela antecipada pela sentença pelas mesmas considerações já expostas.

O entendimento vencedor na doutrina e na jurisprudência, contudo, importa frisar a ressalva do n. 4.2.2, *supra*, é em sentido contrário. Predomina a noção de que a “cognição *exauriente*” da sentença deve prevalecer, em qualquer caso, sobre a “cognição *sumária*” da decisão antecipatória da tutela, sendo indiferente, para tal conclusão, a circunstância de haver, ou não, efeito suspensivo no recurso de apelação. Expressos nesse sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 985.734/PR, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 18.12.2008, DJe 13.2.2009; e STJ, 3ª Turma, REsp 768.363/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 14.2.2008, DJ 5.3.2008.

#### 4.2.7. Outras hipóteses

Além daqueles previstos no art. 520, há outro caso de apelação despida de efeito suspensivo no Código de Processo Civil.

Trata-se da sentença que decreta a “interdição” (art. 1.767 do Código Civil) e que é apta a produzir seus efeitos jurídicos (“constitutivos”, para empregar a nomenclatura usual) *imediatamente*. É o que prevê de forma expressa a primeira parte do art. 1.184: “A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação”.

O art. 718, embora estabeleça que a instituição do usufruto “tem eficácia, assim em relação ao devedor como a terceiros, a partir da publicação da *sentença*”, não guarda relação com o tema porque a decisão proferida para aquele fim não é *sentença* mas *interlocutória* (v. n. 5.2.5 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 3), sendo seu contraste feito por recurso de agravo de instrumento (v. n. 3 do Capítulo 7).

A legislação processual civil extravagante tem diversos casos em que a apelação é despida de efeito suspensivo. Eles são estudados pelos tomos II e III do vol. 2.

#### 4.2.8. O futuro do art. 520

Há proposta legislativa que se volta a alterar profundamente o art. 520, iniciativa que há algum tempo tem ocupado e preocupado os especialistas da matéria, ainda mais diante do malogro de sugestões similares anteriores.

Trata-se do Projeto de lei n. 3.605/2004, que teve origem na Câmara dos Deputados, e que se limitava, na sua origem, a inverter a regra que hoje decorre de uma leitura *textual* do *caput* do art. 520, excluindo o efeito suspensivo da apelação. Enviado para o Senado Federal, onde o Projeto tramitou como PLC n. 30/2005, houve emenda de conteúdo, que levou a modificação substancial da Proposta da Câmara, passando a ser a seguinte a nova redação a ser dada ao art. 520.

“Art. 520. A apelação será recebida no efeito devolutivo, devendo, no entanto, ser recebida também no efeito suspensivo quando disposição expressa de lei assim o determinar, ou quando interposta de sentença:

- III – proferida em ação relativa ao estado ou capacidade da pessoa;
- III – diretamente conducente à alteração em registro público;
- III – cujo cumprimento necessariamente produza consequências práticas irreversíveis;
- IV – que substitua declaração de vontade;
- V – sujeita a reexame necessário.”

Retornando o Projeto à Câmara dos Deputados, como impõe o parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal e o “princípio da bicameralidade” lá decorrente – que, nas mais recentes “Reformas do CPC”, nem sempre tem sido observado, como demonstra o n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3 –, foi designado, perante a Comissão de Constituição e Justiça, relator o então Deputado José Eduardo Cardozo, que votou pela aprovação das modificações incorporadas no Senado Federal. O Projeto ainda não foi aprovado e acabou por ser absorvido pelo Projeto de Lei que altera o Código de Processo Civil, ora em trâmite naquela Casa Legislativa, o que

dispensa este *Curso*, por ora, de outras considerações a seu respeito, além daquelas que ocupam o Apêndice 3.

Mesmo sem alteração legislativa, contudo, é irrecusável a conclusão de que o vigente art. 520 – bem assim o projetado – já aceita, no sistema processual civil, flexibilização que permite ao magistrado a concessão do efeito suspensivo ao recurso de apelação naqueles casos não previstos pelo legislador e, inversamente, que lhe permite a retirada do efeito suspensivo daquele recurso, permitindo, conseqüentemente, a execução provisória da sentença. A este tema voltam-se os ns. 4.2.9 e 4.2.10, *infra*, respectivamente.

#### 4.2.9. Efeito suspensivo *ope judicis*

O parágrafo único do art. 558 expressamente admite que o magistrado conceda efeito suspensivo à apelação nas “hipóteses do art. 520”, isto é, nos casos em que o *legislador* entendeu oportuno retirar o efeito suspensivo daquele recurso e que são objeto de exame pelos ns. 4.2.1 a 4.2.7, *supra*.

Assim, quando o magistrado estiver diante de casos de “lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação” – além das demais hipóteses referidas pelo *caput* do art. 558 que, pela sistemática processual, não ensejam proferimento de sentença e, conseqüentemente, à interposição de apelação –, ele poderá (melhor entendido: *deverá*) atribuir efeito suspensivo à apelação, impedindo, conseqüentemente, sua execução provisória. Trata-se do que pode ser chamado de “concessão *ope judicis* do efeito suspensivo”, em contraposição aos casos em que o efeito suspensivo é concedido *ope legis*, a *regra* em se tratando de apelação (v. n. 4.2, *supra*).

A justificativa para uma tal previsão repousa na circunstância de que o magistrado do caso concreto, melhor do que o legislador, que se ocupa de reger hipóteses *abstratas*, tem melhores condições de avaliar os riscos processuais específicos e, conseqüentemente, impedir a produção dos efeitos da sua decisão ou, como é examinado pelo n. 4.2.10, *infra*, admitir a sua produção imediata.

Os pressupostos que conduzem o magistrado à concessão do efeito suspensivo – os genéricos “relevante fundamentação” e “lesão grave e de difícil reparação” – devem ser entendidos – no que há razoável consenso da doutrina – como a probabilidade de êxito no recurso e a impossibilidade (ou, quando menos, a fundada dificuldade) de se esperar o julgamento do

recurso enquanto se realizam concretamente os efeitos da sentença apelada. O prejuízo a ser experimentado pelo apelante enquanto aguarda o julgamento de seu recurso é inversamente proporcional às chances de acolhimento de seu inconformismo e, conseqüentemente, modificação do julgado, que, mercê da ausência de efeito suspensivo, é considerado título hábil para fundamentar a “execução provisória”.

A respeito da “lesão grave e de difícil reparação”, é de notar que a “distribuição” imediata dos recursos determinada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (art. 93, XV, da Constituição Federal; v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) não tem, por si só, o condão de afastar a ocorrência de situações de risco, isto é, de perigo ao direito das partes e ao de eventuais terceiros, ao longo da fase recursal. Mais do que a *distribuição física* dos recursos perante os magistrados, é fundamental que se pense em condições de viabilizar um seu mais rápido julgamento. De qualquer forma, por mais breves que sejam ou que possam ser os procedimentos recursais, haverá situações em que o transcurso de uma semana, um dia, uma hora, será suficiente, quando aliado à probabilidade de êxito no recurso, para justificar o efeito suspensivo à apelação que não o tem, isto é, para justificar a prestação da tutela jurisdicional *preventiva, antecipada e provisória* de que dão notícia os ns. 8.1, 8.2 e 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, respectivamente.

Discute-se muito em sede de doutrina e de jurisprudência sobre a competência do juízo *a quo* para apreciação do pedido feito pelo apelante com base no parágrafo único do art. 558. O entendimento que nega a sua competência vê na *letra do caput* do art. 558 (que se refere a “relator”) e no parágrafo único do art. 800 (que se refere a “apelação já interposta” e a “Tribunal”) indicativos de que falece competência àquele órgão para apreciação do pedido.

Contudo, sem prejuízo das observações feitas pelo n. 3.2 do Capítulo 5, é o caso de enfatizar que a atribuição do efeito suspensivo nada mais é do que exercício do chamado “poder geral de cautela”, inerente ao ofício jurisdicional. Assim, não há por que sustentar que a competência desenhada pelos dois dispositivos legais destacados invalida o reconhecimento da competência para *também* o juízo *a quo* apreciar o pedido, até porque é perante ele que a apelação é interposta e processada, além de ele próprio ter

condições de avaliar *objetivamente* o risco de dano que a execução provisória pode ocasionar e, até mesmo, as chances de êxito no recurso, confrontando as razões recursais com sua sentença. O proferimento da sentença, de resto, não esgota a prestação jurisdicional (art. 463; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

Importa destacar, a respeito, que o *caput* do art. 522 prevê o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão relativa aos efeitos recursais, sendo esta, certamente, a hipótese mais comum de seu uso. Ademais, o próprio procedimento do agravo de instrumento viabiliza, com extrema agilidade (art. 527, III), o reexame da matéria pelo Tribunal *ad quem*, realizando, assim, as previsões do *caput* do art. 558 e do parágrafo único do art. 800, já colocados em destaque.

#### 4.2.10. A retirada do efeito suspensivo

O tema do efeito suspensivo da apelação não se esgota na identificação e análise das hipóteses em que a própria *lei* processual civil expressamente o subtrai, admitindo a execução provisória ou, como o número anterior quer evidenciar, com os casos em que o juiz pode impedir a produção dos efeitos imediatos da sentença recorrida, concedendo, ele próprio, o efeito suspensivo àquele recurso.

É fundamental admitir que, no atual sistema processual civil, rente ao “modelo constitucional do direito processual civil”, o magistrado pode, consoante as características de cada caso concreto, dar executividade imediata à apelação *retirando*, por ato seu, *ope judicis*, portanto, o efeito suspensivo da apelação. O instituto da “antecipação da tutela” do art. 273 é mecanismo que, bem compreendido, viabiliza ao magistrado que assim proceda.

Em todos os casos em que a apelação tem efeito suspensivo – e é esta a regra do recurso em exame –, cabe ao interessado na promoção da execução provisória da sentença, isto é, aquele que pretende sentir, de imediato, seus efeitos, a despeito da apelação interposta, que requeira, fundamentadamente, ao juízo prolator da decisão que “antecipe os efeitos da tutela”, isto é, que ele retire o efeito suspensivo da apelação porque o caso, se não é amoldável a uma das situações dos incisos do art. 520, pode sê-lo a uma das hipóteses

em que o *sistema processual civil* admite os efeitos imediatos das decisões, assim os incisos I, II e o § 6º do art. 273 (v. ns. 8.2 e 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Importa colocar em relevo, paralelamente ao que discute o n. 4.2.9, *supra*, que o juízo prolator da decisão, perante quem a apelação é interposta, tem competência para apreciar um tal pedido até porque o § 2º do art. 518 é expresso quanto a caber a ele rever o juízo de admissibilidade do recurso, o que também diz respeito aos *efeitos* em que o recurso é recebido (v. n. 5, *infra*). A decisão a ser proferida a respeito da questão é contrastável por agravo de instrumento, viabilizando que o Tribunal competente se manifeste sobre ela prontamente, colocando por terra qualquer discussão voltada à incidência das *letras do caput* do art. 558 e do parágrafo único do art. 800 para a hipótese aqui aventada que sugeririam que o juízo da primeira instância não teria competência para tanto.

Para quem nega competência ao juízo *a quo* – e isto significa afirmar, por vias oblíquas, que o proferimento da sentença equivale à prestação jurisdicional, o que não é verdade, mormente à luz da atual redação do art. 463 (v. n. 4.9.2, *supra*) –, o acesso ao Tribunal, para exercício do que pode ser chamado de “dever-poder geral de antecipação” (v. n. 3.2 do Capítulo 5), deve se dar analogicamente, pelo que dispõe o parágrafo único do art. 800. O interessado documentará o seu pedido e o distribuirá, devidamente fundamentado, ao Tribunal competente para julgamento da apelação.

## **5. PROCEDIMENTO PERANTE O JUÍZO DE INTERPOSIÇÃO**

O recurso de apelação é interposto no prazo de quinze dias (art. 508), aplicáveis a ele as observações do n. 2.5 do Capítulo 3, perante o juízo prolator da sentença (art. 518, *caput*). Mesmo nos casos em que o juízo estadual exerce, por força de delegação constitucional ou legal, competência *federal*, é ele quem receberá, ou deixará de receber, a apelação. A competência para seu *julgamento* é que, em qualquer hipótese, permanece nas mãos do Tribunal Regional Federal da região que abrange a comarca em tela (art. 109, § 4º, da Constituição Federal; v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I, e a Súmula 55 do STJ).

O magistrado fará, de plano, o juízo de admissibilidade do recurso e, se positivo, determinará a oitiva da parte contrária (do *apelado*) para oferecimento de suas contrarrazões (art. 518, *caput*), também no prazo de quinze dias. É neste mesmo prazo que o apelado, se quiser e tiver *interesse* para tanto, interporá o seu próprio recurso de apelação na modalidade adesiva, observando o disposto no art. 500 (v. n. 4.4 do Capítulo 1).

Como todos os demais recursos, o apelante deve demonstrar, já com a interposição do recurso, que recolheu o *preparo* devido, nos termos do art. 511, com observância das considerações feitas pelo n. 2.7 do Capítulo 3.

O art. 519 deve ser interpretado em conjunto com o art. 511, porque se refere apenas à possibilidade de *emenda* do preparo naqueles casos em que ele se mostra insuficiente. A *irrecorribilidade* da decisão prevista em seu parágrafo único justifica-se, na maior parte das vezes, pela possibilidade de reexame de seu acerto pelo Tribunal, sem que isto acarrete algum prejuízo para o apelado. Nos casos, todavia, em que o contraste *imediato* desta decisão se impuser, é irrecusável reconhecer o cabimento de agravo de *instrumento* pelo apelado, aplicando-se-lhe as mesmas considerações do n. 3 do Capítulo 7. Na hipótese inversa, de o magistrado não relevar a pena de deserção, a decisão é contrastável imediatamente mediante agravo de instrumento, no que é expresso o *caput* do art. 522 (v. n. 3 do Capítulo 7).

O pronunciamento judicial que admite o recurso de apelação, determinando seu processamento, isto é, a sua tramitação, seu andamento, seu seguimento, e declarando os efeitos em que é recebida a decisão interlocutória, desafia, consoante o caso, seu contraste *imediato* por agravo de instrumento, no que é expresso o *caput* do art. 522 (v. n. 3 do Capítulo 7).

É errado o entendimento de que, por se tratar de matéria de ordem pública, não há interesse recursal para o prejudicado com o recebimento do recurso, até porque o juízo de admissibilidade feito pelo órgão *a quo* não vincula o que será feito oportunamente pelo órgão *ad quem*, e, mais, é do recebimento da apelação e do reconhecimento de ela portar uns e não outros *efeitos* que terão início, ou não, os atos de “execução *provisória*”. A questão é tanto mais importante quando se admite, como faz este *Curso*, que ao magistrado é dado *alterar* o efeito suspensivo da apelação consoante as necessidades do caso concreto (v. n. 4.2.10, *supra*).

Sem prejuízo do agravo de instrumento, contudo, o § 2º do art. 518 prevê que o magistrado reexamine, ele próprio, o juízo de *admissibilidade* da apelação. Juízo de *admissibilidade*, vale a ênfase, e não juízo de *mérito*, isto é, não lhe é dado alterar o conteúdo da sentença que acabou de proferir, o que é aceito excepcionalmente apenas para os casos de rejeição liminar da petição inicial, estudados pelos ns. 7.1 e 7.2, *infra*.

A despeito do texto do dispositivo assinalado, é preferível interpretá-lo no sentido de que o reexame cabe mesmo que o apelado não apresente suas contrarrazões, considerando que a matéria atinente à admissibilidade recursal é de ordem pública, cognoscível de ofício, e independe, por isso mesmo, de provocação específica da parte interessada. O prazo de *cinco* dias reservado pelo § 2º do art. 518 é *impróprio* e, como tal, deve ser entendido como indicativo temporal para a atuação do magistrado, sempre com as reflexões feitas pelo n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1.

O § 2º do art. 518 permite, ademais, que o magistrado altere os *efeitos* com que o recurso foi recebido, o mais importante dentre eles, para a hipótese aqui ventilada, o *efeito suspensivo*. É irrecusável que o juízo, uma vez recebida a apelação e aberta oportunidade para manifestação da parte contrária, pode sopesar sua anterior decisão para *retirar* o efeito suspensivo anteriormente concedido, admitindo-se, conseqüentemente, a execução provisória do julgado (arts. 475-I, § 1º, e 521).

Certo que a apresentação de contrarrazões não é indispensável para que o juízo se retrate de sua anterior decisão. A apresentação da resposta ao recurso, com pedido expresso de retirada do efeito suspensivo, concedendo-se, neste instante procedimental, a tutela antecipada, contudo, é providência mais do que bem-vinda e que denota a combatividade do procurador da parte interessada. É para esta finalidade também que as contrarrazões devem ser cuidadosamente elaboradas e apresentadas.

Nada há que impeça, ademais, que o § 1º do art. 518 (v. n. 2.4 do Capítulo 3) venha a ser aplicado pelo magistrado somente depois de ouvida a parte contrária, que o alertará que o caso reclama a incidência daquele dispositivo legal.

Caso o magistrado profira decisão *negativa* no juízo de admissibilidade, o apelante também pode interpor agravo de instrumento, viabilizando ao Tribunal competente o seu reexame, no que é expresso o *caput* do art. 522

(v. n. 3 do Capítulo 7). Para tanto, é indiferente que a decisão tenha sido proferida de plano, tão logo o recurso de apelação tenha sido interposto, ou que ela decorra do inteiro procedimento que culmina na aplicação do § 2º do art. 518.

## 6. PROCEDIMENTO NO TRIBUNAL

Superada a fase das contrarrazões (ou sem elas, quando, apesar de regularmente intimado, o apelado não as apresentar) e mantida a decisão *positiva* do juízo de admissibilidade da apelação, os autos serão enviados ao Tribunal competente. A competência será dos Tribunais de Justiça do respectivo Estado se se tratar de demanda que correu perante a Justiça Estadual e, se se tratar de demanda que teve curso perante a Justiça Federal, a competência para julgamento do recurso de apelação será do Tribunal Regional Federal da *Região* respectiva (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), aplicando-se, se for o caso, o § 4º do art. 109 da Constituição Federal, como destacado pelo número anterior.

Com a chegada dos autos ao Tribunal, aplica-se o art. 547 (v. n. 2 do Capítulo 5), sendo certo que a distribuição da apelação a um *relator* é imediata (v. n. 4.2.9, *supra*), observando-se o disposto nos arts. 548 e 549.

O relator poderá, diante dos pressupostos do art. 557, *caput*, ou de seu § 1º-A, atuar monocraticamente, para, consoante o caso, julgar inadmissível, negar ou dar provimento à apelação. De sua decisão cabe o “agravo interno” a que se refere o § 1º do mesmo dispositivo (v. n. 3.1 do Capítulo 5). Também é irrecusável, pelo que consta do n. 6.1 do Capítulo 5, que o relator pode, valendo-se do art. 515, § 4º, buscar o saneamento de algum óbice formal para o conhecimento do recurso ou, mais amplamente, que comprometa a higidez do processo.

Superadas as possibilidades de atuação monocrática do relator e depois de seu exame dos autos, estes devem ser enviados ao *revisor* (art. 551), a não ser que se trate de apelação interposta em causa que tramita sob o procedimento sumário, de despejo ou de indeferimento da petição inicial (art. 551, § 3º), observando-se o exposto pelo n. 5 do Capítulo 5. Se se tratar de apelação interposta de sentença proferida no procedimento sumário, seu julgamento deve dar-se no prazo de quarenta dias, prazo *impróprio*,

reservado para a hipótese pelo art. 550 (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte VI do vol. 2, tomo I).

Após o exame do revisor, os autos serão encaminhados ao Presidente do órgão colegiado (Câmara ou Turma, consoante o Regimento Interno), que designará data para julgamento (art. 552, *caput*), cumprindo-se o prazo imposto pelo § 1º do dispositivo (v. n. 5 do Capítulo 5).

Na data do julgamento, é facultado ao apelante e ao apelado sustentar oralmente suas razões, aplicando-se o disposto nos arts. 554 e 565 (v. n. 6.3 do Capítulo 5).

Lido o relatório pelo relator e realizada, se houver, sustentação oral, o relator proferirá o seu voto, colhendo-se, em seguida, o do revisor e o do “3º juiz” (art. 555; v. n. 6 do Capítulo 5). Caso algum dos componentes da Câmara ou Turma não se sinta habilitado para proferir de imediato o seu voto, é possível o adiamento do julgamento com observância dos §§ 2º e 3º do art. 555 (v. n. 6.2 do Capítulo 5). O julgamento deverá observar a “ordem” de matérias sugerida pelo *caput* do art. 560, sendo certo que, na apelação, não há a menor dúvida quanto à incidência do parágrafo único do dispositivo e, superiormente, do § 4º do art. 515, permitindo ao próprio órgão julgador a sanação de qualquer irregularidade que comprometa o julgamento (v. n. 6.1 do Capítulo 5).

Superados eventuais incidentes (v. Capítulos 2 e 4 da Parte II), o resultado será anunciado, determinando-se quem redigirá o acórdão (art. 556; v. n. 7 do Capítulo 5). O acórdão será necessariamente ementado (art. 563), devendo suas conclusões chegar ao conhecimento das partes e de eventuais terceiros intervenientes no prazo de dez dias (art. 564).

O acórdão, a final, terá o seu “dispositivo” publicado, instante em que tem início a fluência de prazos para a apresentação de outros recursos (art. 506, III; v. n. 2.5 do Capítulo 3). Do acórdão que julga a apelação cabem, consoante estejam presentes os seus pressupostos específicos, embargos de declaração (art. 535; v. n. 2 do Capítulo 8); embargos infringentes (art. 530; v. n. 2.1 do Capítulo 9) e recurso extraordinário e/ou recurso especial (arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal; v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11).

## **7. APELAÇÃO INTERPOSTA DE REJEIÇÃO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL**

Como exposto pelos ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, há duas hipóteses regradadas pelo Código de Processo Civil, em que o recurso de apelação tem regras próprias, distanciadas das até aqui examinadas.

São os casos em que, embora por fundamentos diversos, a petição inicial é rejeitada liminarmente, isto é, antes mesmo da citação do réu. Em ambas as situações (art. 296, *caput*, e 285-A, § 1º), a apelação tem o que o n. 4 do Capítulo 4 chamou de “efeito regressivo”, isto é, o sistema aceita que o juiz *se retrate* da sentença que proferiu, recebendo a petição inicial e determinando, conseqüentemente, a citação do réu, com o prosseguimento do processo até seus ulteriores termos. O *caput* do art. 296 dá, a propósito, ao magistrado quarenta e oito horas para a reforma da decisão; o § 1º do art. 285-A, por sua vez, concede cinco dias para a mesma finalidade. Os prazos são *impróprios* e devem ser compreendidos à luz das considerações expostas pelo n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1.

Em ambos os casos, outrossim, o § 3º do art. 551 dispensa o revisor (v. n. 6, *supra*), o que significa que os autos, após exame do relator, já serão enviados ao Presidente da Câmara ou da Turma para designação de dia para julgamento, quando observará o disposto no art. 552 e seus respectivos parágrafos.

Outras questões que se mostram pertinentes para o exame destes dispositivos de lei recomendam exposição distinta, objeto dos números seguintes.

## **7.1. A apelação nos casos do art. 296**

Antes da Lei n. 8.950/1994, o art. 296 prescrevia que, se o autor pretendesse provocar o reexame da sentença indeferitória da petição inicial *initio litis*, deveria promover a citação do réu para, querendo, apresentar suas contrarrazões e acompanhar o recurso. Provida a pretensão recursal perante o órgão *ad quem* – não havia previsão legal para que o juízo *a quo* pudesse retratar-se de sua decisão –, a citação valeria para todos os atos processuais, a começar pelo prazo para oferecimento de contestação, com a intimação do réu na pessoa de seu procurador.

Nos casos do art. 296 (rejeição liminar da petição inicial por questões processuais e, excepcionalmente, por mérito, pelo reconhecimento da

decadência ou prescrição), a apelação processa-se sem a citação do réu, que só será citado se for dado provimento à apelação. O n. 3.1 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, com base na análise que o STF já fez do caso, acentua que a regra não é inconstitucional, desde que o réu possa, uma vez que passe a integrar o processo, suscitar, uma renovada vez, a matéria que levou à rejeição da inicial anterior. Se o autor não apelar da sentença, é de rigor que o réu seja comunicado do ocorrido nos termos do art. 219, § 6º, independentemente do fundamento da sentença.

## 7.2. A apelação nos casos do art. 285-A

Sem prejuízo do quanto exposto pelo n. 3.2.4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, existem algumas questões pertinentes a respeito da aplicação do art. 285-A em seus desdobramentos recursais, principalmente no que diz respeito à apelação da sentença proferida com fundamento naquele dispositivo.

Não há como recusar, por exemplo, que, em função da aplicação do § 1º do art. 518, o juízo *a quo* deixe de receber a apelação. Basta, para tanto, que a sentença de improcedência *prima facie* do juiz tenha como fundamento súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Não é suficiente que as sentenças sejam reiteradas em um ou em outro sentido ou, até mesmo, que o Tribunal de segundo grau de jurisdição respectivo tenha entendimento uniforme, mesmo que sumulado. Se presentes os seus respectivos pressupostos, não há como negar a aplicação do § 1º do art. 518 com relação ao recurso de apelação interposto da sentença proferida com base no art. 285-A.

Desta hipótese decorre outra dúvida: o que o autor pode fazer se a apelação não for recebida pela aplicação do § 1º do art. 518? Cabe, da decisão respectiva, o recurso, que será de agravo de *instrumento*, nos termos do *caput* do art. 522.

Importante destacar que a hipótese regradada pelo § 2º do art. 285-A não é a única em que o réu será citado. Ele também deverá ser citado quando o juízo retratar-se de sua decisão, recebendo a petição inicial, situação que ocupa o § 1º do dispositivo. Neste caso, com a retratação do juízo sentenciante, o processo prosseguirá normalmente (o réu, portanto, será citado para apresentar *contestação*), não havendo óbice algum para que, a final,

realizado o amplo contraditório, seja proferida sentença de improcedência com o mesmo teor ou semelhante àquele da sentença anterior proferida liminarmente.

Uma última série de indagações faz-se pertinente levando-se em conta o provimento da apelação do autor no Tribunal: rejeitada a inicial, o autor apela. O juízo, mantendo a sentença, determina a *citação* do réu para apresentação de contrarrazões. Ele as apresenta. No Tribunal, dá-se provimento à apelação. Desconsiderando eventuais segmentos recursais a serem inaugurados pelo réu, os autos do processo retornarão ao juízo de primeira instância, que abrirá vista deles para o réu apresentar sua *contestação* no prazo legal. É desnecessária uma nova citação porque o réu está, para todos os fins, citado, o que distancia os casos albergados pelo art. 285-A da disciplina do art. 296 (v. n. 7.1, *supra*). O que é imprescindível é que o réu tenha prazo assinado para se defender, isto é, que ele seja *intimado* para apresentar as respostas que entender adequadas. O processo seguirá normalmente até o proferimento da sentença. Esta sentença pode até ter o mesmo conteúdo da proferida anteriormente, isto é, pode rejeitar o pedido do autor pelos mesmos fundamentos, desde que haja, no momento de sua prolação, súmula ou jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores ou, quando menos, do Tribunal recursal competente.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O agravo é o recurso apropriado para o contraste das decisões interlocutórias (v. n. 5 do Capítulo 2). Ele pode ser processado por quatro diversas modalidades. O “agravo *retido*”, o “agravo de instrumento”, o “agravo *interno*” e o “agravo de decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário”, cada qual com peculiaridades que justificam o seu tratamento em separado.

Desde a Lei n. 10.352/2001, a *regra* codificada passou a ser a de que o recurso de agravo deve ser interposto na sua modalidade *retida*, reservando-se o cabimento das demais modalidades para as hipóteses expressamente previstas pelo legislador. O “agravo *retido*” é o recurso interposto das decisões interlocutórias de primeira instância que permite seu reexame pelo magistrado que a proferiu e, em sendo mantida, o seu reexame pelo Tribunal competente quando do julgamento da apelação. Trata-se de recurso que, fundamentalmente, afasta a ocorrência de preclusão para o agravante.

O “agravo de instrumento” tem cabimento das decisões interlocutórias proferidas em primeira instância que indeferem o seguimento do recurso de apelação, que digam respeito aos efeitos relativos ao recebimento da apelação ou que sejam suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, de acordo com o *caput* do art. 522. O agravo de instrumento permite que o reexame da decisão interlocutória recorrida seja feito de imediato, inclusive pela atribuição do que o inciso III do art. 527 chama de “efeito suspensivo” ou de “antecipação de tutela, total ou parcial, da pretensão recursal”, assunto ao qual se volta o n. 3.4.3, *infra*.

O chamado “agravo *interno*” cabe das decisões interlocutórias monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais, viabilizando seu reexame

pelo órgão colegiado competente, aplicando, destarte, o “princípio da colegialidade nos Tribunais” (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Por fim, em consonância com o disposto no art. 544, das decisões interlocutórias que negam trânsito aos recursos especiais e extraordinários, cabe recurso de agravo, que tem disciplina própria, totalmente diversa daquela reservada pelo art. 523 para os agravos retidos e pelos arts. 524 a 529 aos agravos de instrumento dirigidos às decisões interlocutórias proferidas na primeira instância.

Os números seguintes voltam-se a estudar, mais detidamente, cada uma destas modalidades do recurso de agravo.

## 2. O AGRAVO RETIDO

Não há como negar, à luz da atual redação do art. 522, *caput*, que, como regra, as decisões interlocutórias proferidas no âmbito da primeira instância comportam reexame por agravo na forma *retida*. Apenas excepcionalmente é que o agravo *pode* ser interposto na forma “por instrumento”, viabilizando, com isto, que a interlocutória recorrida seja revista desde logo pela instância superior, isto é, pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal competente.

O agravo retido deve ser interposto no prazo de dez dias e, uma vez interposto, deverá a parte contrária ser ouvida sobre ele. O juiz, estabelecido o contraditório, poderá *redecidir* (*retratar-se*, como se costuma dizer), o que fará com base no art. 523, § 2º, expresso neste sentido, hipótese na qual o agravado poderá interpor um *novo* agravo desta *nova* decisão, que, nas situações normais, será também *retido*. Caso não se verifique a “retratação”, o agravo permanecerá *retido* nos autos para que ele seja julgado por ocasião da apelação se o interessado o reiterar nas razões ou nas contrarrazões recursais pertinentes (art. 523, § 1º).

Vale destacar que se a decisão interlocutória proferida no âmbito da primeira instância não for uma daquelas previstas no *caput* do art. 522, a forma retida é *obrigatória* para o recorrente. Pelo menos é assim que a *lei quer*. Saber se a lei pode, em qualquer caso, assim determinar é questão com a qual se ocupa o n. 3.4.2, *infra*.

A lei define os casos de cabimento do agravo retido por exclusão: será retido o agravo interposto de qualquer decisão interlocutória proferida pelo

juízo da primeira instância que não seja uma das seguintes: inadmissão de apelação; relativa aos efeitos em que a apelação foi recebida e casos de urgência ou, como quer a lei, “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Desde a Lei n. 9.139/1995, que impôs a forma retida para os agravos interpostos das decisões proferidas depois da sentença, salvo os casos relativos à inadmissão da apelação (redação do art. 523, § 4º, tal qual determinada por aquela lei), era correto o entendimento de que haveria necessidade de o intérprete criar uma *abertura*, isto é, certa flexibilidade, que afinasse o comando legal ao “modelo constitucional do direito processual civil”. Era necessário entender que, mesmo nos casos indicados pela lei, havendo urgência, o agravo deveria assumir a forma “de instrumento” para viabilizar o imediato contraste da interlocutória perante o Tribunal recursal competente.

O haver ou não “urgência” é que deveria ser considerado como parâmetro de utilização de uma ou outra *forma* de interposição do recurso de agravo. Sim, porque a interposição do agravo “de instrumento” viabiliza o reexame *imediato* da decisão e, em virtude das modificações incorporadas ao Código de Processo Civil pela própria Lei n. 9.139/1995, a suspensão dos efeitos da decisão agravada (e, até mesmo o proferimento da decisão não proferida, “antecipando-se a tutela recursal”, o muito impropriamente chamado “efeito suspensivo *ativo*”), em quaisquer casos que houvesse necessidade de salvaguardar lesão ou ameaça iminente a direito do agravante, não, apenas, nos indicados pela lei, como se dava antes do advento daquele diploma legislativo.

Nada há de errado na indicação de que a *forma* retida ou de instrumento deveria ser utilizada em alguns casos escolhidos pelo legislador. Na medida em que se interpreta e aplica o direito processual civil desde a Constituição Federal, contudo, é irrecusável que, mesmo diante do silêncio do legislador ou da sua escolha expressa em sentido diverso, havendo urgência, o agravo *de instrumento* deveria ser admitido sob pena de violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, toda vez que fosse necessário evitar que afirmação de ocorrência a “*ameaça a direito*” ficasse carente de tutela jurisdicional (mesmo que no âmbito recursal) *eficaz* o suficiente para evitar sua consumação e/ou sua transformação em lesão. Só com o contraste *imediato*

da decisão pelo agravo de instrumento, máxime com a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal pelo relator desde logo, é que a *ameaça* ao direito afirmado pelo agravante tendia a ser devidamente imunizada.

O critério, que acabou por prevalecer desde a Lei n. 10.352/2001, na redação que essa lei deu ao § 4º do art. 523 e ao inciso II do art. 527, e que está consolidado, com letras mais claras, no *caput* do art. 522 e no mesmo inciso II do art. 527, ambos modificados pela Lei n. 11.187/2005, é, por isto, preferível ao anterior. A lei, de forma expressa, passou a admitir, a par do apontamento da forma de “instrumento” para as duas decisões a que faz referência, que qualquer outra decisão seja contrastável desde logo – por isto a adoção da forma “de instrumento” – desde que ela tenha o condão de criar danos imediatos ao agravante.

A escolha feita pelo *caput* do art. 522 é absolutamente correta, porque afinadíssima ao “modelo constitucional do processo civil”, e deve ser largamente interpretada e aplicada para que o recurso de agravo ocupe o seu devido lugar no sistema processual civil, evitando-se, com isto, a utilização dos chamados sucedâneos recursais, o mais conhecido deles o “mandado de segurança contra ato judicial”, que deve ser deixado para casos absolutamente excepcionais, em que a interpretação dos dispositivos legais não tiver o condão de evitar a ocorrência de ameaça ou de lesão imediata ao agravante. Sobre este específico assunto volta-se o n. 2 do Capítulo 4 da Parte III.

Uma última questão: é obrigatório o uso do agravo de instrumento nos casos indicados expressamente no *caput* do art. 522? A resposta é positiva nas hipóteses de inadmissão da apelação e naquelas em que há urgência, isto é, necessidade de revisão *imediata* da interlocutória, sob pena de o agravante experimentar dano grave e de difícil reparação. Ela é negativa, contudo, nos casos que digam respeito aos efeitos do recebimento da apelação que, de uma forma ou de outra, podem aguardar posterior reexame.

Não obstante o texto da lei, que dá ensejo ao entendimento de que o agravante poderia “escolher”, nestes casos, entre a interposição do agravo de instrumento e o retido (lê-se que a interposição “por instrumento” “será admitida”), o fato é que a *necessidade* e a *utilidade* do reexame *imediato* da decisão, componentes do *interesse recursal*, afastam que haja, propriamente,

uma escolha a ser feita pelo agravante. Nos casos em que a decisão deve ser reexaminada de pronto porque será inócuo o seu reexame futuro e naqueles em que se não se provocar o reexame imediato não haverá condições de exercê-lo posteriormente, o cabimento do agravo retido deve ser afastado, por faltar, ao agravante, *interesse recursal*.

Estes elementos, que clamam pela necessidade de reexame imediato da decisão interlocutória, não são constantes ou necessários em todos os casos que digam respeito aos efeitos em que a apelação é recebida. Pode ser que não haja necessidade de reexame imediato da interlocutória que recebeu o apelo *sem* efeito suspensivo – admitindo, por isto mesmo, o “cumprimento provisório da sentença”, nos termos do art. 475-O – porque, ao ver daquele que sofrerá, desde logo, os atos de concretização do comando da sentença, não decorrem danos iminentes, levando em conta, até mesmo, a diretriz de que a execução provisória, posto ser completa, depende, como regra, de prestação de caução pelo exequente (v. n. 2.4 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3). Caso se divisem tais danos ou, quando menos, sua ameaça, contudo, a *forma* de interposição do agravo será a “por instrumento”, clara, no particular, a redação dada ao *caput* do art. 522.

## 2.1. Decisões proferidas após a sentença

Não obstante as considerações expostas pelo número anterior, não há como omitir que a atual redação do art. 522, *caput*, não faz menção a qual *forma* deverá ser observada pelos agravos interpostos das decisões (interlocutórias) proferidas *após a sentença*. Não se repetiu, no dispositivo atual, a ressalva que a Lei n. 10.352/2001 fazia no art. 523, § 4º, e que, antes dela, a Lei n. 9.139/1995 já impunha no mesmo dispositivo. Pertinente, por isto mesmo, a questão: em se tratando de decisão interlocutória proferida após a sentença, o agravo será retido ou de instrumento? Mais oportuna a questão quando se verifica que o art. 3º da Lei n. 11.187/2005 revogou expressamente o art. 523, § 4º.

A resposta é que deverá ser observada a regra do art. 522, *caput*, isto é: caso haja *urgência* na revisão da decisão, a hipótese é de agravo de instrumento; do contrário, o agravo deverá ser retido. A este entendimento devem ser aplicadas as mesmas ressalvas feitas pelo n. 3, *infra*.

A crítica que se pode fazer à conclusão do parágrafo anterior reside em que, após o proferimento da sentença, não há lógica em sustentar o cabimento do agravo retido porque não haveria como reiterar sua interposição e requerer seu julgamento em razões ou contrarrazões de apelo (art. 523, § 1º). Não há por que concordar com ela, contudo.

A uma, porque proferimento de sentença não é sinônimo de fluência de prazo para interposição de apelação. Pode ocorrer, portanto, que haja o proferimento de alguma decisão quando já prolatada a sentença, e nem por isto tenham as partes sido intimadas da sentença para fins de fluência de prazo recursal.

A duas, porque, mesmo nos casos em que apelação e contrarrazões já tenham sido apresentadas, não há por que negar ao agravante a interposição do recurso de agravo retido, requerendo que seu julgamento se dê por ocasião do da apelação, o que não significará prejuízo algum para nenhuma das partes ou eventuais interessados, nem para a prestação jurisdicional. Muito pelo contrário. Neste caso, o momento da interposição não pode acarretar o não cabimento do recurso, mesmo que ao arrepio da *letra da lei*. A lógica subjacente à interposição do agravo retido (já que os autos estão indo para o Tribunal para o julgamento da apelação, é preferível que se julguem todos os recursos de uma vez só) faz-se presente nestes casos mesmo quando já proferida a sentença e já interposta a apelação ou apresentadas as contrarrazões. Era este, aliás, o norte que já constava do hoje revogado art. 523, § 4º, com o aplauso da doutrina.

Idêntica defesa merece a recíproca da crítica. Não é porque os “autos já estão indo para o Tribunal” que o agravo deve, em todo e qualquer caso, ser *retido*, o que se justificaria pelo silêncio do *caput* do art. 522 no particular. É que haverá casos em que o agravante pode ver-se diante de uma situação que reclame *urgência* no reexame da decisão proferida em seu desfavor. Assim, por exemplo, quando é admitida a execução provisória do julgado depois da apresentação de contrarrazões, o que, por força do § 2º do art. 518, é possível (v. n. 4.2.10 do Capítulo 6), e o agravante reputa o início desta *etapa processual* capaz de causar-lhe prejuízo imediato. Até porque, ao se aplicar à etapa de cumprimento *provisório* da sentença a diretriz do art. 475-J, *caput* (v. n. 2.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3), é difícil, malgrado o que acentuou o n. 2, *supra*, não divisar, em casos como este,

ameaça concreta de dano a ser suportado pelo agravante, nem sempre “compensável” ou suficientemente tutelado pela prestação de caução a que se refere o art. 475-O, III, ou mesmo, *a posteriori*, na hipótese de aquele que sofreu a execução provisória buscar, em juízo, a responsabilização daquele que a promoveu antes do trânsito em julgado.

## 2.2. Procedimento

Sendo o caso de interposição de agravo retido, objeto das preocupações expostas pelos números anteriores e que são também tratadas pelo n. 3, *infra*, importa examinar as regras relativas ao seu procedimento.

O prazo de interposição do agravo retido é de dez dias, contados na forma discutida pelo n. 2.5 do Capítulo 3, não havendo nenhuma peculiaridade digna de destaque, ressalva feita aos casos em que o agravo retido deve ser interposto em audiência, nos termos do § 3º do art. 523, assunto tratado pelo n. 2.3, *infra*.

O agravo retido independe de preparo, regra expressa no parágrafo único do art. 522, e, por esta razão, não pode lei local pretender taxá-lo sob qualquer pretexto. Como analisado pelo n. 2.7 do Capítulo 3, o “preparo recursal” compreende as custas processuais relativas ao ato de recorrer e as despesas relacionadas ao “porte e remessa dos autos”.

De acordo com o *caput* do art. 523, o agravo retido será julgado como “preliminar” de apelação, e para ser conhecido, além dos pressupostos recursais genéricos (v. n. 2 do Capítulo 3), depende de expressa reiteração pelo agravante nas razões de apelação ou nas contrarrazões, imposição do § 1º do mesmo dispositivo legal. Nos casos em que a sentença fica sujeita ao “reexame necessário” (art. 475; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III) e em que não há interposição da apelação, é irrecusável o entendimento de que a reiteração do agravo retido pode ser feita por petição avulsa, em que o agravante deixe claro o seu intento de ver apreciada a sua pretensão recursal quando do rejuízo da causa para os fins do art. 475. A ausência de razões ou contrarrazões de apelação, em tais hipóteses, não pode inviabilizar o exercício de um direito reconhecido ao interessado (v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte III).

A necessidade de reiteração do agravo retido nos termos do § 1º do art. 523 rende ensejo à costumeira lição de que essa modalidade recursal tem

como finalidade primeira evitar a ocorrência de “preclusão” para o agravante e, por isto mesmo, permitir que ele, agravante, reaviva, querendo, a discussão relativa a determinada questão em sede de apelação, consoante haja, ainda, interesse nesta discussão. O entendimento deve ser prestigiado mesmo para as chamadas “questões de ordem pública”, sujeitas ao “efeito *translativo*” (v. n. 7 do Capítulo 4). Ainda que se possa entender que tais questões não geram preclusão para o *juiz* (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), elas podem, quando não recorridas a tempo e modo oportunos, precluir para as *partes*. Assim, para que a *parte* possa discutir questões já decididas, afastando-se da preclusão, é indispensável que ela interponha o agravo retido. O agravo retido, nestas condições, é decorrência do rígido sistema de preclusões que caracteriza o sistema processual civil brasileiro, como bem destaca Heitor Vítor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 223-228. Certo a respeito do assunto é que, quando o agravo retido for interposto de questão passível de apreciação oficiosa, a falta de sua reiteração para os fins do § 1º do art. 523 não impede a atuação do órgão *ad quem*, que, pela natureza da própria questão, independe de qualquer iniciativa das partes e de eventuais terceiros.

Antes do julgamento do agravo retido pelo Tribunal *ad quem*, contudo, é facultado ao magistrado de primeira instância que se “retrate” da decisão que proferiu, isto é, que a reforme, ao ensejo da interposição do agravo retido. Para tanto, em consonância com o que dispõe o § 2º do art. 523, ouvir-se-á o agravado no prazo de dez dias. O contraditório, de nítida inspiração constitucional, não pode ser dispensado na hipótese até porque o proferimento de decisão contrária à agravada enseja inequívoco prejuízo para o agravado. Mesmo nos casos em que o magistrado, analisando o agravo retido, entenda de não dever reformar a sua decisão, a oitiva do agravado é indispensável, porque é neste instante procedimental que o agravo retido será contraditado para, se for o caso, vir a ser julgado posteriormente em sede de apelação.

## **2.3. Agravo retido em audiência**

De acordo com o § 3º do art. 523, as decisões interlocutórias proferidas nas audiências de instrução e julgamento serão agraváveis na forma retida e

sua interposição deverá ser feita *oral e imediatamente* na própria audiência, constando do respectivo termo as razões sucintas de sua reforma.

A regra, introduzida pela Lei n. 11.187/2005, inova substancialmente a que lhe era anterior, fruto da Lei n. 9.139/1995, que apenas *permitia* a interposição oral do agravo retido, mas não a *impunha*. Doravante, como o texto do dispositivo mais recente deixa claro, a forma oral *deverá ser utilizada*.

A novidade deve ser aplaudida. É a aplicação prática do tão mencionado “princípio da oralidade”, que, em termos do processo civil codificado, é bem pouco aproveitado (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). E mesmo quando o é – e no caso do art. 523, § 3º, isto não é exceção – a palavra oral é sempre reduzida a escrito, ditando-a (art. 457, *caput*). Mas não só. A interposição oral e imediata do agravo retido está em perfeita harmonia com o “princípio da economia e eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A economia, a racionalidade, a concentração dos atos processuais e a maior eficiência do agravo retido “imediato e oral” são valores que se fazem presentes no art. 523, § 3º. E, como *princípios*, eles deverão guiar a interpretação e a aplicação da regra, de forma sempre rente às peculiaridades de cada caso concreto e, por isto mesmo, permeável à incidência de outros princípios constitucionais, por vezes antagônicos, que se justifiquem precisamente em face das vicissitudes de cada situação concreta.

Assim, quem pretender contrastar alguma decisão proferida em sede de audiência de instrução e julgamento terá de adotar a forma “retida” em seu agravo, interpor o agravo oralmente e fazê-lo desde logo.

Importante notar que são três as diretrizes do dispositivo em análise: o agravo será *retido*; o agravo será interposto *oralmente*; o agravo será interposto *imediatamente*. Pela “junção” destas três regras, algumas questões mostram-se pertinentes para melhor compreensão do dispositivo.

Agraváveis oral e imediatamente são só as decisões proferidas em audiência de “instrução e julgamento”, como quer o dispositivo? E as decisões proferidas em outras audiências, assim, por exemplo, as audiências de justificação e as preliminares?

A diretriz adotada pelo legislador deve ser utilizada para as interlocutórias proferidas em outras audiências em nome dos valores acima

destacados, forte no que dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Utilizado o critério do art. 523, § 3º, como *referência indicativa* da forma de interposição do agravo (retido), não há, nesta interpretação mais ampla da regra, nenhum inconveniente. A mesma *ratio* de oralidade, concentração de atos processuais, economicidade e racionalidade que justifica o prevailecimento da palavra oral e não escrita na audiência de instrução e julgamento está também presente em uma “audiência de justificação” e em uma “audiência preliminar”, não obstante o entendimento contrário já manifestado expressamente pela 3ª Turma do STJ no REsp 1.288.033/MA, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 16.10.2012, DJe 19.10.2012.

A menção feita pelo parágrafo anterior a “referência indicativa” justifica-se, a despeito do julgado em sentido contrário, porque o agravo será retido e oral e imediato na normalidade dos casos. Sempre há espaço para casos não previstos em abstrato pelo legislador e que necessariamente precisarão ser acomodados no sistema, ainda que ao arripio da *letra* da lei.

Basta imaginar a situação em que, em “audiência preliminar”, o processo é declarado saneado, rejeitando-se complexa preliminar arguida em sede de contestação. Admitindo-se a incidência do art. 523, § 3º, naquela audiência, o agravo deve ser interposto oral e imediatamente?

A melhor resposta é a negativa. A situação, justamente porque é excepcional, deve ser tratada à parte. É o caso de o agravo, mesmo que na forma retida, ser interposto, por escrito, no prazo de dez dias, até como forma de viabilizar um melhor *contraditório* (que não deve ser entendido somente como direito de “defesa”, mesmo que “ampla”; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), apto a criar condições mais *adequadas* para o reexame da decisão. Seja pelo juízo da causa (art. 523, § 2º), seja pela instância superior (art. 523, *caput*). Mesmo em uma audiência de instrução e julgamento – para empregar a hipótese prevista no dispositivo examinado – pode ser proferida decisão de maior complexidade a exigir que o agravo seja interposto posteriormente em nome do *contraditório* (para o próprio agravante!). É o caso, por exemplo, de indeferimento de um pedido de esclarecimento técnico do perito ou o acolhimento, pelo juiz, de um tal esclarecimento.

Da mesma forma, havendo necessidade de reexame *imediato* da decisão, mesmo que proferida em audiência de instrução e julgamento, a *letra* do

art. 523, § 3º, deve ceder espaço à interposição do agravo *de instrumento*, que, em nome do princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, deve ser conhecido. Interpretação em sentido contrário só faz crescer a *necessidade* do uso de sucedâneos recursais, em especial do “mandado de segurança contra ato judicial”, que deve ser evitado a todo o custo, como expõe o n. 2 do Capítulo 4 da Parte III.

Assim, toda vez que a decisão interlocutória, mesmo quando proferida em audiência de instrução e julgamento, tiver o condão de “causar à parte lesão grave e de difícil reparação”, a hipótese é – e só pode ser – de agravo *de instrumento*. É como se a regra do art. 522, *caput*, prevalecesse sobre a do § 3º do art. 523, o que se justifica por força do “modelo constitucional de processo civil”. É esta uma das tantas consequências irrecusáveis de se reconhecer, expressamente, a incidência dos princípios constitucionais do processo civil a moldar a solução mais justa para cada caso concreto.

Deriva destas outra indagação. Pode ser admitida a interposição de agravo de instrumento de alguma decisão proferida em audiência?

Frisando o que está escrito no penúltimo parágrafo e o que consta do n. 2, *supra*, o critério “urgência” deve nortear, ao lado das opções feitas expressamente pelo legislador, o cabimento do agravo na forma retida ou por instrumento. Assim, por exemplo, se é indeferida a oitiva de uma testemunha enferma que a parte reputa indispensável ser ouvida, pode revelar-se de todo inócua a interposição do agravo retido mesmo que “oral e imediatamente”. Isto porque o reexame da decisão, por ocasião do julgamento da apelação (art. 523, *caput*), pode mostrar-se tardio e, por isto mesmo, totalmente vazio de resultados úteis para o processo. Haverá aqueles que, a respeito da hipótese, dirão que o caso reclama o ajuizamento de uma “ação cautelar de produção antecipada de provas”, disciplinada pelos arts. 846 a 851 (v. Capítulo 7 da Parte III do vol. 4). Melhor, contudo, sustentar o cabimento do agravo de instrumento, não obstante a aparente rigidez da *letra* do art. 523, § 3º, não só porque é o meio mais rápido, econômico e eficiente do contraste da decisão mas também porque, rigorosamente falando, não se está diante da necessidade de uma produção *antecipada* de provas. O caso, bem diferentemente, é de produção *imediata* da prova porque o processo já está em plena “fase *instrutória*” (v. n. 3 da Introdução do vol. 2, tomo I). Assim, para evitar qualquer discussão quanto à preclusão do direito de recorrer

pela não apresentação, na audiência, de um agravo retido (interpretação presa à *letra* do art. 523, § 3º), não parece ser desnecessário que o procurador do agravante faça constar da ata da audiência a menção de que recorrerá da decisão, embora pela forma “de instrumento”, dada a urgência na sua revisão pela instância superior.

Para aqueles que não concordarem com as considerações expostas pelos últimos parágrafos, a solução que se põe pelo sistema processual civil é a impetração do mandado de segurança contra ato judicial como forma de contrastar *imediatamente* a decisão interlocutória proferida na audiência, assunto para o qual se volta o Capítulo 4 da Parte III.

Feitas estas considerações quanto à interposição do agravo na forma *retida* ou *por instrumento*, tornam-se pertinentes outras relativas à interposição *imediate* do agravo retido, na forma do art. 523, § 3º.

Que significa a interposição *imediate* do agravo retido? Significa que haverá preclusão caso o interessado não demonstre, assim que proferida a decisão, seu inconformismo?

A melhor interpretação a este respeito é a de que a interposição *imediate* do agravo retido não deve significar que o inconformismo tenha de ser, sob pena de preclusão, demonstrado tão logo proferida a decisão. Muito menos que este inconformismo seja documentado no termo da audiência, quando, para ser agravo (recurso), deverá ter razões, mesmo que sucintas. É desejável compreender o dispositivo no sentido de que a interposição *imediate* só significa que a interposição deve dar-se até o fim da audiência, e não no prazo de dez dias que é referido no *caput* do art. 522. Até para evitar que toda a audiência seja entrecortada por agravos e mais agravos, o que significaria, certamente, um enorme desperdício de tempo, atentando-se à racionalidade dos trabalhos que devem presidir qualquer atuação jurisdicional (art. 125, II, lido a partir do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Basta, portanto, que, no final da audiência, as partes requeiram que, do termo respectivo, conste o agravo ou os agravos cabíveis. Em palavras mais diretas: o agravo pode ser interposto “no final da audiência”, e não no prazo de dez dias.

Em virtude disto é que o art. 523, § 3º, faz expressa remissão ao art. 457, *caput*. De acordo com este dispositivo, o termo conterá o resumo do quanto ocorrido na audiência, “bem como, por extenso, os despachos”, e aqui se

deve ler “decisões” proferidas pelo juiz, porque de “despacho” de nenhuma espécie cabe recurso (art. 504; v. n. 5 do Capítulo 2). Da mesma forma, no termo da audiência devem constar os inconformismos a estes “despachos”, que são, na verdade, as *decisões* proferidas ao longo da audiência, vale dizer, os agravos respectivos.

Mas, neste caso, alguém poderá questionar, e se o juiz, ouvindo as razões do agravante, retratar-se da decisão? Não seria melhor que o agravo tivesse sido interposto anteriormente para evitar desperdício de atividade judicial? Não seria necessário interpor o agravo tão logo tivesse sido proferida a decisão pelo magistrado? E se a testemunha que, mercê do acolhimento do agravo retido, já houvesse ido embora porque tinha um compromisso do outro lado da cidade e não pôde esperar o término da audiência?

As respostas às perguntas dependem da sensibilidade do procurador presente na audiência. A recusa à ocorrência de preclusão caso não haja interposição do agravo *imediatamente* após o proferimento da decisão (o juiz indefere a pergunta dirigida ao perito e a parte agrava; o juiz indefere a oitiva da testemunha e a parte agrava; o juiz acolhe a contradita e a parte agrava, e assim por diante) não significa dizer que o procurador, confiante na sua experiência e no seu conhecimento da causa, deva agravar desde logo; poderá fazê-lo até o término dos trabalhos da audiência, fazendo constar do termo respectivo. Mas e a testemunha? Vale a pena não dispensá-la antes do término da audiência, justamente para evitar qualquer desperdício da atividade jurisdicional.

Mas e se, eis outra questão que pode ser formulada, o magistrado proferir a sentença na audiência? De que vale a interposição do agravo retido? A resposta deve ser direta: o agravo retido continua a valer como qualquer agravo retido: para que “o Tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação” (art. 523, *caput*). O mais, em caso de retratação, são os efeitos *rescindentes* do julgamento de qualquer agravo (“efeito expansivo objetivo externo”, v. n. 8 do Capítulo 4), o que não é novidade para a nossa doutrina e jurisprudência. Havendo urgência, por qualquer razão, no reexame desta decisão, a hipótese passa a ser regulada pela incidência do princípio agasalhado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, passando a comportar, *sistematicamente*, o agravo de instrumento (v. n. 3, *infra*).

Outras questões que se fazem pertinentes diante do art. 523, § 3º, são as seguintes: basta que o agravante demonstre seu inconformismo com uma dada decisão? O que deve ser entendido por “exposição sucinta das razões do agravante”?

É pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso, assunto ao qual se volta o n. 2.6 do Capítulo 3, sua regularidade formal, assim compreendida também a existência de razões, a exteriorização de seu aspecto dialético. Não é suficiente que se afirme prejudicado com a decisão; é mister que se diga por que a decisão prejudica, por que ela precisa ser reformada, por que ela erra ao decidir como decidiu. É este o conteúdo das chamadas razões recursais. Esta mesma noção não passa ao largo do agravo retido, ainda que ele seja interposto oral e imediatamente. O que a lei quer, em nome da maior celeridade, racionalidade e economicidade, é que as razões sejam sucintas, isto é, breves, curtas: que o agravante diga por que a decisão lhe causa prejuízo, por que ela deve ser reformada. Não se devem confundir razões de recurso com páginas e mais páginas escritas ou, já que se trata de um recurso interposto *oralmente*, com um *discurso*. Muito menos com a ideia de que, para serem boas as razões recursais, faz-se mister sempre e em qualquer caso “citar doutrina e jurisprudência”. Em nome da brevidade recursal, tudo isto deve ser deixado de lado. O que importa mesmo é dizer de forma clara e direta o motivo pelo qual a decisão deve ser reformada.

Por derradeiro, ainda a propósito do art. 523, § 3º: há possibilidade de contrarrazões ao agravo retido interposto oralmente? Deverão elas ser também apresentadas oralmente? E imediatamente? Deverão ser sucintas?

Em nome do “princípio do contraditório”, não há como recusar que o agravado seja ouvido a propósito do agravo retido interposto, mesmo que oral e imediatamente, nas audiências. Também em nome do “princípio da isonomia”, que igualmente compõe o “modelo constitucional do processo civil”, é irrecusável que as contrarrazões sejam apresentadas “oral e imediatamente”. E que elas tenham de ser também, por identidade de motivos, “sucintas”. Não há como sustentar, sem agressão àquele princípio, que o agravado tenha dez dias para responder ao recurso que foi interposto “imediatamente”. Até porque este entendimento estaria a conspirar contra os ideais mais amplos de economia e racionalização processuais e de otimização da atividade jurisdicional embutidos na regra em comento, que,

vale a ênfase, afinam-se bastante bem ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

## 2.4. Efeitos

O único dos efeitos do recurso de agravo na modalidade retida que apresenta alguma peculiaridade, digna de complementação ao que expõe o Capítulo 4, é o “efeito *suspensivo*”.

A regra, em se tratando de agravos, é que este recurso não tenha tal efeito, diretriz que decorre, de forma clara, do art. 497 e do *caput* do art. 558.

Dada a função desempenhada pelo agravo retido, contudo, é descabido entender possível a atribuição do efeito suspensivo nos casos autorizados pelo precitado art. 558, *caput*. É que o “efeito suspensivo”, em tais casos (mesmo quando concedido sob as vestes de “antecipação dos efeitos da tutela recursal”; v. n. 3.4.3, *infra*), pressupõe proferimento de juízo de admissibilidade positivo do recurso pelo órgão *ad quem*, o que não se dá no agravo retido até o julgamento da apelação (ou do reexame necessário; v. n. 2.2, *supra*).

Ademais, o efeito suspensivo a que se refere o *caput* do art. 558 pressupõe, em qualquer caso, *urgência*. Se o reexame da decisão agravada não puder aguardar o “efeito *diferido*”, característico do agravo retido (v. n. 5 do Capítulo 4), a hipótese é, sistematicamente, de agravo *de instrumento*, no que é expresso o *caput* do art. 522 (v. n. 3, *infra*). Embora a urgência que impõe a interposição do agravo na modalidade de instrumento não se confunda com a urgência que impõe a concessão do efeito suspensivo ou da antecipação dos efeitos da tutela recursal (art. 527, II), pelas razões expostas pelo n. 3.4.3.1, *infra*, sua existência é suficiente para o afastamento do agravo *retido* e, conseqüentemente, quanto à possibilidade de a este recurso ser concedido, ou não, “efeito suspensivo *ope judicis*”.

O papel do “efeito suspensivo” no agravo retido, destarte, será desempenhado suficientemente pelo “efeito *regressivo*” (v. n. 4 do Capítulo 4), nas hipóteses em que o prolator da decisão agravada retratar-se, modificando-a total ou parcialmente.

## 3. O AGRAVO DE INSTRUMENTO

O *caput* do art. 522 dispõe que será admitida a interposição do agravo “de instrumento”, isto é, será viável ao recorrente buscar o reexame *imediato* da decisão recorrida, quando a interlocutória for “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”.

Cabe, aqui, tecer alguns comentários sobre tais hipóteses.

Uma apelação não recebida desafia o agravo de instrumento uma vez que sua interposição na forma *retida* seria de todo inócua porque os autos não serão enviados ao Tribunal, caindo por terra a lógica intrínseca à forma *retida* de interposição do agravo que consta do *caput* do art. 523. O agravo de instrumento, em casos como este, tem como finalidade viabilizar o recebimento da apelação e, desde que provido, ocasionará o envio dos autos respectivos para o Tribunal. Como se costuma dizer na prática forense, o agravo de instrumento, em tais situações, visa ao “*destrancamento* do recurso de apelação”. Trata-se, nesse sentido, do mesmo objetivo do agravo do art. 544, que se volta ao “destrancamento” do recurso extraordinário e do recurso especial.

Também é de *instrumento* o agravo que pretende contrastar os efeitos em que a apelação é recebida. O que parece ser digno de destaque para a correta interpretação do *caput* do art. 522 é que o agravo lá previsto tem em mira fundamentalmente o contraste do efeito *suspensivo* da apelação porque é sua atribuição, ou não, e a conseqüente admissão da “execução provisória” da sentença que traz, pelo menos em tese, o risco de ameaça ou lesão ao agravante. Daí, para evitar que se empreste *executividade* à sentença antes de seu reexame pelo Tribunal recursal, a *necessidade* do contraste *imediato* daquela decisão.

Aqueles que entendem absolutamente normal emprestar executividade à sentença mesmo além dos casos em que a lei não retira expressamente o efeito suspensivo da apelação (v. n. 4.2.10 do Capítulo 6), sustentam que se ganha enormemente em aplicabilidade prática. Retirado o efeito suspensivo da apelação por ocasião da apresentação das contrarrazões (art. 518, § 2º), isto é, admitida a execução provisória do julgado mesmo fora das hipóteses do art. 520, por exemplo, a decisão que assim disponha é agravável de instrumento. Se uma tal admissão se der na própria sentença, o recurso será

o de apelação (porque recorre-se de uma *sentença*), sendo necessário que a parte requeira ao Tribunal *ad quem* alguma medida jurisdicional apta para evitar, momentaneamente, isto é, até o julgamento da apelação, eventual situação de risco a direito seu e, até mesmo, alguma lesão (v. n. 5 do Capítulo 3.2).

No que diz respeito aos demais “efeitos” da apelação, expostos pelo n. 4 do Capítulo 6, é difícil verificar em que medida o contraste *imediato* da decisão que os reconhece se faz indispensável. Até porque a prática forense mostra ser pouco comum que o juízo de primeira instância, ao analisar a apelação, vá além de declarar o seu recebimento no efeito devolutivo e no efeito suspensivo. Se a hipótese for de não recebimento da apelação, ainda que parcialmente, o *caput* do art. 522 já havia reservado a ela o cabimento do agravo de instrumento.

A outra hipótese em que o recurso de agravo deve assumir a forma de instrumento verifica-se quando a decisão interlocutória for “susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Pela largueza da redação legal, é difícil generalizar os casos em que o agravo deve, por aquele fundamento, ser interposto “por instrumento”. Há condições, todavia, de indicar algumas hipóteses em que, pela própria lógica do sistema, o agravo só poderá ser de instrumento ainda que a situação não se amolde perfeitamente à previsão legislativa.

Tendo presentes as inovações trazidas pela Lei n. 11.232/2005, as decisões relativas à “fase de liquidação de sentença” (arts. 475-A a 475-H; v. Capítulo 5 da Parte I do vol. 3) são todas contrastáveis por agravo de instrumento. E não só a que determina o encerramento daquela fase por expressa dicção legal (art. 475-H) mas também aquelas que lhe são anteriores e, por definição, preparatórias. Basta, para ilustrar este entendimento, pensar que, em “liquidação por arbitramento” (art. 475-C), seja nomeado como perito um profissional suspeito ou impedido (arts. 138, III, e 423). A *forma* de se questionar uma tal nomeação, quando resolvida em primeira instância, é o agravo de instrumento.

Exceção a este entendimento e que decorre de texto expresso da Lei n. 11.187/2005 diz respeito às decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Nestes casos, os agravos deverão ser retidos, a não ser que haja, excepcionalmente, urgência no seu reexame (v. n. 2, *supra*), e seu julgamento

aguardará o desfecho da fase de liquidação, quando deverão ser reiterados nas razões de agravo *de instrumento* a que se refere o art. 475-H ou nas contrarrazões a ele oferecidas, aplicando-se sistematicamente à hipótese a regra do § 1º do art. 523.

Também as decisões interlocutórias proferidas na “etapa executiva” ou nas execuções fundadas em título extrajudicial, o chamado “processo de execução”, devem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento, por ser impensável qualquer utilidade na modalidade retida deste recurso, dado o papel desempenhado pela “sentença” a que se refere o art. 795, assunto do qual trata o n. 6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3. Basta supor, para ilustrar a situação, a decisão que determina, como reforço, a penhora de um bem que o executado afirma ser bem de família; na atualização do valor da avaliação para fins de praxeamento do bem em que se alega a utilização de indexador monetário em desarmonia com o da categoria do bem penhorado, e assim por diante.

Certo que estas considerações podem vir a ser criticadas porque a Lei n. 11.232/2005, no inciso III do art. 475-L (v. n. 2.3 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 3), quer que os questionamentos quanto à penhora e quanto à avaliação sejam objeto da *impugnação* a que se refere aquele artigo, e que é somente a decisão que julgar esta impugnação, rejeitando-a ou, quando menos, não a acolhendo integralmente, que desafia o agravo de instrumento (art. 475-M, § 3º). Ocorre, contudo, que a realidade do foro é mais rica do que os textos da lei, e na exata medida em que decisões interlocutórias sejam proferidas ao longo da etapa de cumprimento de sentença, e que não possam ser questionadas pela impugnação a que se refere aquele dispositivo de lei, o agravo de *instrumento* deverá ser admitido.

A mesma orientação, quanto ao cabimento do agravo de instrumento, deve prevalecer para a “execução provisória”. Como admitir, neste caso, outra modalidade de recurso de agravo se a chamada “execução provisória” tem início justamente quando a sentença já foi proferida e aguarda reexame perante o Tribunal competente (art. 475-I, § 1º)? Mais ainda quando a execução provisória é de acórdão sujeito a recurso extraordinário e/ou especial (arts. 497 e 542, § 2º)?

### **3.1. Procedimento**

Superadas as questões quanto ao *cabimento* do agravo de instrumento, que, vale insistir, têm de ser descobertas não só a partir da *letra* do art. 522, *caput*, mas, mais amplamente, à luz da necessidade de cada caso concreto quanto à *urgência* no reexame *imediato* da interlocutória proferida pelo magistrado da primeira instância, tem lugar o estudo das regras relativas ao seu procedimento.

O agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de dez dias perante o Tribunal competente para conhecê-lo e julgá-lo (art. 524, *caput*). A identificação deste Tribunal não apresenta nenhuma peculiaridade: em se tratando de Justiça Estadual, competente é o Tribunal de Justiça do respectivo Estado; em se tratando de Justiça Federal, é o Tribunal Regional Federal da respectiva Região que será o competente para o agravo de instrumento. Quando se tratar de exercício de competência *federal* delegada a juízo *estadual*, competente é o Tribunal Regional Federal da respectiva Região, aplicando-se o disposto no § 4º do art. 109 da Constituição Federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), orientação que encontra eco seguro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como faz prova a sua Súmula 55: “Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal”.

Esta exigência, de interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal competente para julgá-lo, deve ser bem destacada, até porque dela decorre uma série de características do agravo de instrumento, a começar pelo seu nome. Sem necessidade de remontar às suas razões históricas (e, para isto, insuperável é a exposição de Teresa Arruda Alvim Wambier em seu *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 25-101), o “instrumento” que caracteriza esta modalidade recursal se justifica porque os autos do processo em que proferida a decisão agravada permanecem na primeira instância e, diferentemente do que se dá no agravo retido, não são enviados ao Tribunal. Assim, para que o Tribunal possa reexaminar a questão, faz-se mister que o agravante se encarregue de demonstrar o contexto fático e jurídico em que a decisão foi proferida. Para tanto, o agravante providenciará “novos autos” – o chamado “instrumento” –, a partir dos quais o Tribunal terá condições de exercer a sua função revisora.

A interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal, contudo, deve ser entendida com o que dispõe o § 2º do art. 525. De acordo com o dispositivo, “no prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio, sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local”, que excepciona, para os agravos de instrumento dirigidos às decisões proferidas em primeira instância, o regime do parágrafo único do art. 506 (v. n. 2.5 do Capítulo 3).

Assim, embora o destinatário do agravo de instrumento seja o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal competente, o envio da petição àquele órgão jurisdicional pode variar, como expressamente autoriza a regra indicada.

A forma mais usual é que o agravo de instrumento seja “protocolado” diretamente no Tribunal, isto é, apresentado diretamente ao protocolo do Tribunal pelo agravante.

Também é possível que o agravo de instrumento seja enviado ao Tribunal pelo correio, hipótese em que a postagem deve ser registrada e ter aviso de recebimento, documentos importantes para que o agravante comprove não só a remessa da petição e de seus documentos no prazo legal mas também para que tenha ciência de que a petição chegou ao destinatário. No caso de a petição ser enviada pelo correio, não há nenhuma alteração quanto à contagem do prazo, isto é, os mesmos dez dias que são reservados para a interposição de qualquer agravo de instrumento (art. 522, *caput*) devem ser observados, sendo indiferente que o agravo de instrumento demore mais alguns dias para chegar ao Tribunal, lá sendo protocolado fora do decêndio. O prazo, vale insistir, é para que o agravante apresente o agravo de instrumento ao correio, e não para que o correio o entregue no Tribunal. A regra é salutar, considerando as dimensões continentais do Brasil, mais ainda no âmbito da Justiça Federal, em que os Tribunais se concentram em apenas cinco Capitais (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). Há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, como fazem prova os seguintes: 4ª Turma, REsp 893.229/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j.un. 16.10.2007, DJ 10.12.2007, p. 383; 4ª Turma, REsp 716.173/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j.un. 15.9.2005, DJ 24.10.2005, p. 345; e 1ª Turma, REsp 636.272/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2004, DJ 28.2.2005, p. 226.

O § 2º do art. 525 ainda admite que o agravo de instrumento seja interposto “por outra forma prevista na lei local”. Alguns Estados desenvolveram o que se chama de “protocolo descentralizado”, que permite que a maioria das petições dos processos jurisdicionais sejam apresentadas fora do local (da comarca) de seu destino, encarregando-se, o próprio serviço judiciário, de encaminhar a petição para lá. Como, no caso do agravo de instrumento, o destinatário da petição é sempre o Tribunal, esta alternativa é valiosíssima para todos os profissionais que não residem nas Capitais dos Estados em que existe o referido “protocolo descentralizado”. No Estado de São Paulo, ele é expressamente previsto pela Lei n. 11.336, de 26 de fevereiro de 2003, e disciplinado pelo Provimento CCIX, de 7 de março de 1985, com as modificações incorporadas pelo Provimento n. 462/1991, ambos do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Não obstante o dispositivo exigir “*lei local*” para disciplinar as modalidades de prática dos atos processuais, é correto interpretá-lo amplamente, levando em conta o que dispõe o parágrafo único do art. 547, que autoriza aos próprios Tribunais descentralizarem o serviço de recebimento das petições (v. n. 2.6 do Capítulo 3). Até porque o parágrafo único do art. 506 também não exige *lei* em sentido formal, contentando-se, no particular, com a existência de “norma de organização judiciária”. É o que se dá, por exemplo, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a Portaria n. 66, de 21 fevereiro de 2000; no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com os arts. 105 a 111 do Provimento n. 64, de 28 de abril de 2005; e com o Provimento n. 148, de 2 de junho de 1998 (com as modificações do Provimento n. 299/2009); com a Resolução n. 114, de 19 de outubro de 2005 (com as alterações promovidas pela Resolução n. 37/2006), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e com a Resolução n. 5, de 21 de março de 2007, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Não obstante o silêncio do art. 525, § 2º, é irrecusável que o agravo de instrumento possa também ser interposto por fax ou outros meios similares, na forma do que autoriza a Lei n. 9.800/1999. O que deve ser observado em tais casos, contudo, é que todas as peças de instrução do agravo de instrumento devem ser transmitidas na mesma oportunidade, protocolando-se

todo o original (razões e “instrumento”) no prazo de cinco dias após a transmissão (art. 2º da Lei n. 9.800/1999). Importante frisar, a respeito, que *inexiste* recurso de agravo de instrumento sem “instrumento”, diante da obrigatoriedade de peças a serem trasladadas nos termos do art. 525, I, quando da *interposição* do recurso. A Corte Especial do STJ, contudo, já teve oportunidade de entender em sentido contrário no julgamento do REsp 901.556/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.m.v. 21.5.2008, DJE 3.11.2008.

Também o uso de meios eletrônicos, o *e-mail* é irrecusável para o agravo de instrumento, observando-se, no particular, as exigências, inclusive de segurança de transmissão de dados e informações, da Lei n. 11.419/2006 (v. n. 4.7.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

As razões recursais do agravo de instrumento, isto é, a petição no qual ele é interposto pelo agravante, devem conter os seguintes requisitos:

(a) “Exposição do fato e do direito”. A exigência do inciso I do art. 524 relaciona-se com o pressuposto recursal discutido pelo n. 2.6 do Capítulo 3. O agravante precisa descrever a decisão recorrida e a circunstância em que ela foi proferida, fornecendo ao Tribunal os elementos necessários e suficientes para compreender adequadamente a controvérsia.

(b) “Razões do pedido de reforma da decisão”. O conteúdo do inciso II do art. 524 traz à memória o “princípio da dialeticidade” (v. n. 8 do Capítulo 2). O agravo de instrumento, como todo recurso, deve ser fundamentado. Não é suficiente que o agravante demonstre o seu inconformismo com a decisão que lhe causa, em alguma medida, *prejuízo*. É indispensável que ele justifique por que aquele prejuízo deve ser afastado com o acolhimento de seu recurso.

(c) “O nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo”. Considerando a razão de ser do “agravo de instrumento” e a necessidade da formação do “instrumento”, o inciso III do art. 524 impõe ao agravante o ônus de indicar quem são os “procuradores” e quais são seus endereços profissionais. A exigência justifica-se para viabilizar que todas e quaisquer intimações relativas ao agravo de instrumento sejam feitas àqueles que, na primeira instância, estão a representar as pessoas e os interesses em litígio. Dada a finalidade do ato, é importante destacar que se por outro meio as intimações forem adequadamente realizadas (assim, por exemplo, porque nas petições que formam o “instrumento” consta o endereço do advogado do

agravado) ou se forem feitas, como é a regra, pela mera publicação do expediente forense no Diário Oficial (art. 527, V; v. n. 3.4.5, *infra*), não há por que declarar qualquer nulidade, à falta de prejuízo (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Nos casos em que o réu ainda não foi citado ou em que, mais amplamente, ele não está representado nos autos do processo, importa que o agravante comprove esta situação para dar cumprimento às exigências da regra aqui comentada. Fará isto, dentre outros meios, pela juntada de certidão expedida pelo cartório ou secretaria perante o qual tramita o processo, atestando a ausência de representação processual do réu.

Importa destacar, ainda, que o inciso III do art. 524 faz menção a “advogados”, quando o mais correto é, assim como está no texto, falar genericamente em “procuradores”, já que o caso concreto pode envolver a tutela de direitos e interesses coletivos pelo Ministério Público (v. n. 3.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), a tutela de direitos de hipossuficientes, quando o caso é de atuação da Defensoria Pública (v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), e, até mesmo, a participação do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

O agravo de instrumento, diferentemente do agravo retido (v. n. 2.2, *supra*), não encontra, no Código de Processo Civil, regra que o isente do pagamento de custas e do porte de remessa e retorno dos autos. Pelo contrário, o § 1º do art. 525, fazendo eco ao disposto genericamente no art. 511 (v. n. 2.7 do Capítulo 3), exige que, quando devidos em função da disciplina local, o “preparo” seja efetuado (e comprovado) já com a petição de interposição do agravo de instrumento.

No âmbito federal, o art. 8º da Lei n. 9.289/1996 ocupa-se do assunto, dispondo que “os recursos dependentes de instrumento sujeitam-se ao pagamento das despesas de traslado”, sendo as custas respectivas devidas por força do art. 14 do mesmo diploma legislativo, assim como o pagamento de “porte de retorno” dos autos, hipóteses suficientemente ilustradas pela Tabela IV, letra “b”, da Resolução n. 278/2007, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Na justiça estadual, o regime das custas do agravo de instrumento depende da disciplina dada ao assunto pelos Estados-membros. No caso do Estado de São Paulo, por exemplo, há custas devidas por força

do § 5º do art. 4º da Lei estadual n. 11.608/2003, sem prejuízo do porte de retorno dos autos.

A despeito do silêncio do § 1º do art. 525, é irrecusável a aplicação do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 511, em especial com relação à possibilidade de *complementação* do preparo nos casos de recolhimento insuficiente do valor respectivo (v. n. 2.7 do Capítulo 3).

### **3.2. A formação do “instrumento”**

Como destacado pelo n. 3, *supra*, o agravo de que cuidam os arts. 524 a 529 depende da formação de um “instrumento”, que são os “autos” formados pelo agravante e que documentam, perante o Tribunal recursal competente, o contexto fático e jurídico da decisão que pretende ver reexaminada.

Os incisos do *caput* do art. 525 cuidam das peças que devem ou podem formar este “instrumento”, viabilizando, assim, que o agravo seja julgado.

A disciplina atual encerrou discussão que se pode dizer clássica da nossa doutrina sobre saber quem é o responsável pela correta formação do “instrumento”. O ônus para tanto é do agravante, e não dos serventuários da Justiça, como se dava antes das profundas modificações que, ao recurso de agravo de instrumento, foram introduzidas pela Lei n. 9.139/1995. Seu ônus, contudo, resume-se à apresentação das peças que a lei reputa *obrigatórias*, cuja falta levará o Tribunal a não conhecer do recurso. Com relação às “peças *essenciais*” e às “peças *facultativas*”, a questão merece outras considerações, feitas pelo n. 3.2.2, *infra*.

O art. 525, com efeito, divide as peças que o agravante deve apresentar junto com as razões recursais – e que formarão o “instrumento” do agravo – em dois grupos, as peças “obrigatórias” e as peças “facultativas”. Além delas, contudo, não há como desconsiderar uma terceira categoria, de “peças *essenciais*”, assunto ao qual se dedica o n. 3.2.2, *infra*.

À falta de exigência legal, as cópias que formam o agravo de instrumento, *obrigatórias*, *facultativas* ou *essenciais*, não precisam ser autenticadas ou declaradas autênticas pelo procurador, diferentemente do que, antes do advento da Lei n. 12.322/2010, exigia o § 1º do art. 544 para os agravos voltados ao destrancamento de recursos especiais e/ou extraordinários. Não que o procurador do agravante não possa fazê-lo, até mesmo em função da regra mais ampla do inciso IV do art. 365 (v. n. 2.2 do Capítulo 5 da Parte

IV do vol. 2, tomo I). O que ocorre é que, em se tratando do agravo de instrumento interposto das decisões interlocutórias proferidas no âmbito da primeira instância, aquela exigência formal é descabida. Isto não significa dizer, contudo, que o agravado não possa, eventualmente, questionar a autenticidade de alguma cópia apresentada pelo agravante quando da apresentação de suas contrarrazões (art. 527, V; v. n. 3.4.5, *infra*). Sem qualquer impugnação, todavia, a hipótese é de se presumir verdadeira a cópia nos termos do art. 372 (v. n. 2.2 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I). É o que decidiu, com inteiro acerto, a Corte Especial do STJ em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.111.001/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.11.2009, DJe 30.11.2009).

Com relação a cópias extraídas da Internet, prática cada vez mais corriqueira diante dos avanços tecnológicos, é correto o entendimento de que é suficiente a possibilidade da confirmação de sua autenticidade, mitigando-se, sempre, quaisquer rigores formais. Expresso nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.073.015/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 21.10.2008, DJe 26.11.2008.

### 3.2.1. Peças obrigatórias

De acordo com o inciso I do art. 525, são obrigatórias para formação do “instrumento” as seguintes cópias: decisão agravada, certidão da respectiva intimação e procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

A exigência da decisão agravada é mais do que justificável porque é dela que o agravante pretende a reforma ou anulação. Sem que *cópia* daquela decisão seja apresentada, nem há como examinar a razão do inconformismo do agravante. Há acórdão da 4ª Turma do STJ que não conheceu do agravo diante da ausência de uma das páginas da decisão, destacando ser indiferente ter o Tribunal *a quo* compreendido suficientemente o contexto decisório. Trata-se do REsp 1.035.445/BA, rel. p./acórdão Luis Felipe Salomão, j.m.v. 18.6.2009, DJe 4.8.2009.

A certidão da intimação da decisão agravada justifica-se para aferição da tempestividade do agravo. É, como acentuado pelo n. 2.5 do Capítulo 3, da intimação das decisões judiciais que passa a fluir o prazo recursal.

Cópias das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado devem ser apresentadas para demonstrar ao Tribunal a regularidade da representação processual de um e de outro, inclusive no âmbito em sede recursal. É na pessoa dos “advogados”, ademais, que serão feitas as intimações relativas ao agravo de instrumento (art. 527, V; v. n. 3.1, *supra*, e n. 3.4.5, *infra*), sendo indispensável a apresentação do instrumento de mandato respectivo, inclusive, se for o caso, demonstrando o substabelecimento de poderes de um advogado ao outro.

Como os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e advogados públicos pertencentes à Advocacia-Geral da União, às Procuradorias dos Estados e dos Municípios não dependem de apresentação de instrumento de mandato para atuar perante o Poder Judiciário, a eles, na qualidade de agravantes ou de agravados, não se aplica a exigência legal aqui discutida.

Afirmar que é verdadeiro *ônus* do agravante instruir a petição do recurso com as peças que o dispositivo em exame considera *obrigatórias* não pode ser entendido, contudo, fora do sistema processual civil. Assim, por exemplo, se a tempestividade do recurso for demonstrada ou demonstrável por outro meio que não a juntada de sua respectiva certidão, o recurso não poderá, por esse fundamento, deixar de ser conhecido. Aplica-se, à hipótese, o “princípio da instrumentalidade das formas”, a que se refere o n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1. Neste sentido, v: STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.419.493/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.3.2012, DJe 16.3.2012; STJ, 2ª Turma, REsp 1.278.731/DF, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 15.9.2011, DJe 22.9.2011; STJ, 1ª Turma, REsp 859.573/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.10.2007, DJ 19.11.2007, p. 194. Pelas mesmas razões, não há por que entender obrigatória a juntada de toda a cadeia de substabelecimentos para os fins do dispositivo em *comento*, sendo suficiente a apresentação dos instrumentos de mandato que comprovem, suficientemente, a regularidade processual do agravante e do agravado no momento da interposição do recurso. Neste sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.056.295/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 5.2.2009, DJe 18.2.2009, apontado, contudo, ser contrário o entendimento majoritário daquele Tribunal quanto à questão.

### 3.2.2. Peças facultativas e peças essenciais

O inciso II do art. 525 autoriza que o agravante forme o “instrumento” com as “peças que entender úteis”, deixando claro que a juntada de outras cópias que não as “obrigatórias” é *facultativa*.

O dispositivo precisa ser lido com cuidado pela própria razão de ser do recurso em exame. Se a formação do instrumento justifica-se para que o Tribunal tenha acesso a todas as informações importantes para averiguação do contexto fático e jurídico no qual foi proferida a decisão que se pretende ver reexaminada, nada mais coerente do que entender que todas as peças que disserem respeito àquele contexto – que pode ser chamado de “contexto decisório” – precisam ser apresentadas ao Tribunal para que ele tenha ciência do que é e do que não é *essencial* à compreensão da controvérsia.

Embora formulada originalmente para o agravo do art. 544, quando ainda se processava por instrumento, antes, portanto, do advento da Lei n. 12.322/2010 (v. n. 4, *infra*), a Súmula 288 do STF deve ser aplicada também aos agravos de instrumento interpostos das interlocutórias da primeira instância. Sempre que uma peça processual for mencionada pelo agravante e seu exame for indispensável à compreensão das razões de inconformismo com o agravante, nada mais coerente que exigir, do próprio agravante, que cópia daquela peça seja apresentada para exame.

O agravo de instrumento dirigido, por exemplo, ao indeferimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional por ter entendido, o magistrado, não presentes os pressupostos autorizadores do art. 273 (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), precisa *documentar* ao Tribunal não só o indeferimento, a tempestividade do recurso e a regular representação processual das partes (“peças *obrigatórias*”) mas também a petição em que formulou o pedido de antecipação da tutela e os documentos então apresentados que não se mostraram suficientes para sensibilizar o juízo *a quo*.

À falta de exigência legal para a sua juntada, contudo – e o art. 525, II, está longe de exigir-la –, a melhor interpretação é aquela que impõe ao órgão julgador do agravo de instrumento, monocrático ou colegiado, que permita ao agravante, antes do julgamento, a juntada posterior das “peças *essenciais*”, para que se aproveite, otimizando-o, o ato processual recursal tal qual praticado. Neste sentido, o rigor da precitada Súmula 288 do STF, de negar provimento ao agravo de instrumento quando não apresentadas as

“peças *essenciais*”, deve ser abrandado, reservando o *não conhecimento* do recurso, isto é, o reconhecimento de sua *inadmissibilidade* (e não “negativa de provimento”, julgamento de *mérito*) aos casos em que o agravante, apesar de intimado para suprir a falta que compromete a apreciação do “contexto decisório”, quedar-se inerte na apresentação das cópias complementares, reputadas “essenciais” – quiçá pelos próprios julgadores –, a despeito da determinação judicial. Trata-se de diretriz interpretativa que se afina ao § 4º do art. 515 e que, por isto mesmo, não pode ser desconsiderada quando do enfrentamento da questão (v. n. 6.1 do Capítulo 5).

O melhor entendimento para o inciso II do art. 525, portanto, é o de que a referência a “peças úteis” compreende não só as “peças facultativas”, assim consideradas as que *podem* ser apresentadas pelo agravante para robustecer o desacerto da decisão agravada e a necessidade de sua anulação ou reforma, mas também as “peças *essenciais*” à compreensão da controvérsia, assim entendido o adequado “contexto decisório” a partir do qual o agravante requer o provimento de seu recurso. A ausência de “peças *essenciais*” na formação do instrumento, vale a ênfase, deve ser suprida por determinação judicial específica para este fim. O não conhecimento do agravo por este fundamento depende da inércia injustificada do agravante em suprir a deficiência no “contexto decisório” apresentado para reexame perante o órgão *ad quem*. Neste sentido, em sede de recurso especial repetitivo, decidiu a 2ª Seção do STJ no REsp 1.102.467/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 2.5.2012, DJe 29.8.2012.

A falta de apresentação de “peças *facultativas*”, de seu turno, não interfere em nada na regularidade do agravo de instrumento, e não reclama qualquer diligência do relator ou do órgão *ad quem*.

O entendimento predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, é pelo não conhecimento do agravo de instrumento quando não apresentada peça não obrigatória mas *essencial* à compreensão da controvérsia, descabida a realização de diligências, mesmo perante os Tribunais de Justiça e Regionais Federais, para suprir a sua falta. Neste sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.031.834/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. un. 21.8.2008, DJe 15.9.2008; STJ, 4ª Turma, REsp 1.052,134/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 5.8.2008, DJ 18.8.2008; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 794.978/SP, rel. Min. Jane Silva, j.un. 18.3.2008, DJe

14.4.2008; STJ, 6ª Turma, AgRg no AG 922.997/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 31.10.2007, DJ 10.12.2007, p. 464; STJ, 4ª Turma, REsp 825.949/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 18.9.2007, DJ 1.10.2007, p. 283; e STJ, CE, AgRg no EREsp 114.678/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 16.3.2005, DJ 4.4.2005, p. 156. Essa orientação acabou por prevalecer sobre a que, para este *Curso*, é a mais correta à luz do sistema processual civil e que decorria de julgados mais antigos do próprio Superior Tribunal de Justiça: CE, EREsp 433.687/PR, rel. p./acórdão Fernando Gonçalves, j.m.v. 5.5.2004, DJ 4.4.2005, p. 157 (acentuando que o não conhecimento do agravo dependeria da inércia da parte que, devidamente intimada, não apresentasse a peça faltante), e 2ª Turma, REsp 638.146/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 17.8.2004, DJ 27.9.2004, p. 347, dentre outros.

### **3.3. Comunicação da interposição ao juízo *a quo***

O agravante, no prazo de três dias contados da interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal competente, comunicará o fato ao juízo de primeira instância, juntando aos autos do processo cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e a relação de documentos que instruíram o recurso. É o que exige o *caput* do art. 526.

A regra tem, ao menos, três finalidades bem claras: a primeira, a de dar conhecimento ao juízo de primeira instância da interposição do recurso perante o Tribunal. A segunda, a de ensejar, ao prolator da decisão agravada, oportunidade para que ela seja reexaminada – para que seja exercitado o chamado “juízo de retratação” –, hipótese em que o agravo será considerado prejudicado, total ou parcialmente, nos termos do art. 529, com as observações do n. 3.4.4, *infra*. A terceira, é a de viabilizar ao agravado a ciência integral do agravo de instrumento, permitindo-lhe o conhecimento de suas razões e da inteireza da formação do instrumento para, oportunamente, responder ao recurso (art. 527, V; v. n. 3.4.5, *infra*).

A redação do *caput* do dispositivo não deixa margem de dúvidas quanto à necessidade de juntada, aos autos de primeira instância, de cópia das razões do agravo devidamente protocolizadas – e, portanto, não é suficiente noticiar ao magistrado da instância monocrática a interposição *de um* agravo, mas, diferentemente, deve-se mostrar *o* agravo *já* interposto –, mas ela pode dar

ensejo a alguma hesitação sobre o que deve ser entendido por “relação dos documentos que instruíram o recurso”: é suficiente que o agravante nomeie as peças de instrução do agravo ou é necessário apresentá-las?

A melhor resposta é a de que dispensa o agravante da apresentação das peças que tenham sido extraídas dos autos do processo que tramita na primeira instância. Para elas, sejam “obrigatórias”, sejam “facultativas” ou “essenciais”, é suficiente a apresentação de sua relação, isto é, da indicação precisa de quais peças dos autos foram copiadas para a formação do instrumento apresentado ao Tribunal *ad quem* (nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 944.040/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j. un. 25.5.2010, DJe 7.6.2010). Quando, contudo, o agravante formar o “instrumento” com outras peças, estranhas aos autos do processo de primeira instância, é fundamental que ele as apresente perante o juízo monocrático para viabilizar não só eventual retratação da decisão mas, superiormente, para viabilizar o adequado exercício do contraditório pelo agravado. Entendimento diverso significaria impor ao agravado a necessidade de seu deslocamento até a sede do Tribunal, o que não pode ser admitido.

Caso o agravante não respeite o prazo de três dias a que se refere o *caput* do art. 526, o agravo de instrumento não será conhecido, desde que, de acordo com o que dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo, o agravado argua e comprove a omissão do agravante perante o Tribunal nas suas contrarrazões, sob pena de preclusão (STJ, 4ª Turma, REsp 594.930/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 9.10.2007, DJ 18.2.2008, p. 1; STJ, 1ª Turma, REsp 859.573/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.10.2007, DJ 19.11.2007, p. 194; STJ, 5ª Turma, REsp 805.553/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 18.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 352; e STJ, 6ª Turma, REsp 556.711/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 3.5.2007, DJ 21.5.2007, p. 619).

O cumprimento do *caput* do art. 526, destarte, é pressuposto de admissibilidade recursal, específico para o agravo de instrumento, embora diferenciado, pela *letra* da lei, porque sua apreciação depende da provocação da parte interessada (o agravado), o que contrasta com os demais, que são passíveis de apreciação *oficiosa* (assim, v.g.: STJ, 1ª Turma, REsp 1.091.167/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 19.3.2009, DJe 20.4.2009; e, em sede de Recurso Especial Repetitivo, STJ, CE, REsp

1.008.667/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.11.2009, DJe 17.12.2009). Nessas condições, a melhor interpretação para o dispositivo é no sentido de que a iniciativa que o parágrafo único do art. 526 impõe ao agravado deve ser entendida como a demonstração de que a não apresentação do agravo em primeira instância lhe causou algum prejuízo, fazendo incidir, assim, os princípios regentes das nulidades processuais (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Se, por qualquer outro motivo, o agravado tomou conhecimento do agravo de instrumento e das suas peças de instrução na primeira instância e pôde exercitar, por isto mesmo, o pleno contraditório perante o Tribunal *ad quem*, não há razão para o não conhecimento do recurso tão somente pelo descumprimento do dispositivo em análise pelo agravante. É como se o dispositivo, ao exigir a iniciativa do agravado, lhe impusesse a demonstração de que o descumprimento, pelo agravante, da comunicação da interposição do agravo ao juízo da primeira instância lhe tenha causado concretamente algum prejuízo. Sem manifestação específica sua nesse sentido, não há por que deixar de conhecer do recurso dessa perspectiva de análise. É o que entendeu, por exemplo, a 3ª Turma do STJ no REsp 1.021.085/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 25.3.2008, DJe 11.4.2008, destacando ser indiferente, para os fins do art. 526, a retirada dos autos, em primeira instância, pelo agravante, ao menos à luz do caso então julgado.

Por força das mesmas razões apresentadas pelo parágrafo anterior, é indiferente, para o conhecimento do agravo de instrumento, que o agravante, ele próprio, comunique o Tribunal *ad quem* de que cumpriu, a contento, a exigência feita pelo art. 526. O agravante tem a *faculdade* de tomar semelhante iniciativa, até para que o agravado não tenha motivo para questionar eventual descumprimento da regra do parágrafo único do dispositivo. Não há, contudo, *ônus* processual na hipótese, motivo suficiente para afastar que, por este fundamento, o agravo de instrumento deixe de ser conhecido. Até porque, como sugerido pelo n. 3.4.4, *infra*, não há como recusar que o magistrado que proferiu a decisão agravada acabe por noticiar, ao Tribunal, a apresentação, nos autos do processo de primeira instância, do recurso e de suas peças de instrução, ao ensejo do cumprimento do disposto no art. 527, IV.

Tão mais correto o entendimento exposto pelos parágrafos anteriores porque o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o cumprimento (ou o descumprimento) da exigência feita pelo parágrafo único do art. 526 pode ser comprovado por qualquer meio, além de certidão cartorária. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 15.561/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 2.2.2012, DJe 13.4.2012.

### **3.4. Procedimento no Tribunal *ad quem***

O art. 527 disciplina, em seus diversos incisos, o procedimento do agravo de instrumento perante o Tribunal competente para julgá-lo.

De acordo com o *caput* do dispositivo, uma vez que o agravo seja recebido, ele será incontinenti, isto é, imediatamente, distribuído ao relator, observando-se as considerações desenvolvidas pelo n. 2 do Capítulo 5.

Considerando os variados desdobramentos das atitudes que a lei reserva para o relator, o seu exame é feito separadamente pelos números seguintes.

#### **3.4.1. Julgamento monocrático do agravo de instrumento**

O relator, uma vez sorteado, pode, aplicando o disposto no art. 557, negar seguimento ao agravo de instrumento. Sem prejuízo das considerações que o n. 3.1 do Capítulo 5 reserva ao dispositivo, importa destacar, de peculiar para o agravo de instrumento, que o não conhecimento do recurso pode justificar-se, inclusive, pelo não atendimento das exigências formais dos arts. 524 e 525, estudadas pelos ns. 3.1 e 3.2, *supra*, respectivamente. A oitiva do agravado (art. 527, V; v. n. 3.4.5, *infra*), em tais hipóteses – mas não em outras –, é desnecessária pela inexistência de prejuízo. Nesse sentido: STJ, CE, REsp 1.148.296/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 1.9.2010, DJe 28.9.2010 (Recurso Especial Repetitivo).

Apesar do silêncio do inciso I do art. 527, não há como recusar aplicação ao agravo de instrumento do disposto no § 1º-A do art. 557, autorizando-se, também, quando presentes os pressupostos daquele dispositivo, que o relator dê, monocraticamente, provimento ao agravo de instrumento, reformando ou anulando, desde logo, a decisão recorrida. A jurisprudência do STJ, espelhada no precedente destacado no parágrafo anterior, não parece, contudo, autorizar esse entendimento, havendo, em outra oportunidade, sido

pontuado que “a intimação para a resposta é condição de validade da decisão monocrática que vem em prejuízo do agravado, ou seja, quando o relator acolhe o recurso, dando-lhe provimento (art. 557, § 1º-A). Nem a urgência justifica a sua falta: para situações urgentes há meios específicos e mais apropriados de ‘atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal’ (CPC, art. 525, III)” (STJ, 1ª Seção, EREsp 1.038.844/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 8.10.2008, DJe 20.10.2008).

Em ambas as hipóteses descritas pelos parágrafos acima, cabe, da decisão do relator, o recurso de “agravo interno”, como expressamente prevê o § 1º do art. 557.

### 3.4.2. Conversão do agravo de instrumento em agravo retido

Coerentemente com o disposto no art. 522, *caput*, o inciso II do art. 527 prescreve ser atribuição do relator converter o agravo de instrumento em retido nos casos em que a decisão agravada não tiver o condão de causar ao agravante lesão grave e de difícil reparação, em que o agravo for interposto para impugnar o não recebimento da apelação e em que a decisão disser respeito aos efeitos em que a apelação for recebida. O dispositivo manda, determinada a conversão, que o “instrumento” seja enviado ao “juiz da causa”, isto é, ao juízo prolator da decisão agravada. A decisão do relator, de acordo com o parágrafo único do art. 527, é *irrecorrível*, assunto ao qual se volta o n. 3.5, *infra*.

Novidade trazida pela Lei n. 11.187/2005, pelo menos na expressão literal do dispositivo, está na *imposição* da conversão. Antes, na redação da Lei n. 10.352/2001, havia espaço para se sustentar que o relator *poderia* não converter o agravo de instrumento em retido mesmo diante de uma daquelas hipóteses. Agora, pelo texto da lei, não há mais espaço para que se discuta haver, ou não, uma tal alternativa. A lei *impõe* ao relator que faça a conversão quando diante de um dos casos referidos pelo *caput* do art. 522.

Comenta-se, até mesmo, que a inovação da Lei n. 11.187/2005 deveu-se, em larga escala, porque, pela letra da previsão anterior, a expressão “poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido” gerou sua quase nenhuma aplicabilidade prática, porque, da conversão, cabia um novo

recurso, um “agravo *interno*”. E já que havia previsão de (mais) um recurso nos casos em que se decidia pelo não cabimento do contraste *imediate* da decisão proferida na primeira instância, melhor que se julgasse, de uma vez, o agravo na sua forma de instrumento. Por que julgar dois recursos no lugar de um? Uma coisa é certa: pela *letra* do atual inciso II do art. 527, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido é obrigatória nos casos lá indicados.

De maneira coerente, a Lei n. 11.187/2005, ao dar a atual redação ao inciso II do art. 527, suprimiu a parte final do dispositivo, na forma que lhe deu a Lei n. 10.352/2001, que expressamente previa o cabimento de novo recurso de agravo para contrastar a decisão monocrática do relator. De acordo com as modificações introduzidas por este diploma legislativo, esta decisão “é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”, como se lê do parágrafo único do art. 527 (v. n. 3.5, *infra*).

As considerações que ocupam os parágrafos anteriores não podem e não devem ser entendidas à margem do quanto escrito no n. 3, *supra*, sobre o *caput* do art. 522: não obstante a largueza da expressão utilizada pelo legislador mais recente para os casos em que o agravo *deve* ser interposto na forma “por instrumento”, haverá situações nas quais a realidade do foro terá condições de demonstrar que em outros casos não previstos pelo legislador (casuisticamente, ou não; expressamente, ou não) a revisão *imediate* da interlocutória é a única forma de evitar atrito ao “modelo constitucional do processo civil”.

Sobre o destino dos autos do agravo de instrumento, é de destacar que eles devem ficar apensados aos autos do processo que tem curso em primeira instância aguardando o momento oportuno para, de volta ao Tribunal, viabilizarem o julgamento do recurso, por ocasião da apelação. Por se tratar de agravo retido, mesmo que sua retenção se verifique *a posteriori*, não há como olvidar da necessária incidência da regra do *caput* e do § 1º do art. 523 (v. n. 2, *supra*).

### 3.4.3. Efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal

O inciso III do art. 527 permite ao relator atribuir, ao agravo de instrumento, “efeito suspensivo” ou “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal”, comunicando, em um e em outro caso, a sua decisão ao juízo prolator da decisão agravada. São hipóteses em que o “dever-poder geral de cautela” e o “dever-poder geral de antecipação” são passíveis de serem exercidos, pelo relator, no âmbito do recurso de agravo de instrumento (v. n. 3.2 do Capítulo 5). Também aqui o parágrafo único do art. 527 nega que a decisão do relator possa ser revista antes do julgamento do agravo, tema que merece exame delongado no n. 3.5, *infra*.

O “efeito suspensivo” referido pelo dispositivo, que faz expressa remissão ao art. 558, tem o condão de sustar, total ou parcialmente, os efeitos da decisão agravada, não deixando que ela os produza até o julgamento do agravo de instrumento.

As hipóteses lá mencionadas, todas elas relativas à prática de atos executivos – “prisão civil” (v. n. 4.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3); “adjudicação” (v. n. 2 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 3); “remição de bens” (*idem*) e “levantamento de dinheiro sem caução idônea” (v. n. 2.4 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3) –, são meramente exemplificativas porque a suspensão dos efeitos da decisão recorrida tem lugar em quaisquer “outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação”.

A expressão deve ser entendida amplamente, no sentido de permitir ao relator, verificando que as razões do agravante são plausíveis e que, portanto, há fundada possibilidade de acolhimento de seu recurso pelo órgão colegiado competente, além da verificação de que há possibilidade de lesão grave e de difícil reparação ao agravante até o julgamento do recurso por aquele órgão, determinar a suspensão dos efeitos da decisão recorrida.

A “antecipação da tutela recursal”, por seu turno, relaciona-se com o proferimento, pelo relator, da decisão que, não proferida pelo juízo de primeira instância, ensejou a interposição do agravo de instrumento. Trata-se de antecipar, no procedimento do próprio recurso, o julgamento final pretendido pelo agravante. Mesmo sem remissão expressa do art. 527, III, ou do art. 558, a hipótese assemelha-se àquela prevista no art. 273 (v. n. 3.2 do Capítulo 5).

### 3.4.3.1. Indeferimento de efeito suspensivo e conversão do agravo em retido

A propósito dos casos em que o agravo “deve ser de instrumento”, vedada, pois, sua conversão em agravo retido, nos termos do art. 527, II (v. n. 3, *supra*), a formulação de uma pergunta se faz pertinente: toda vez que o relator indeferir o efeito suspensivo ou a chamada tutela antecipada recursal (art. 527, III) ele deve determinar a conversão do agravo de instrumento em retido (art. 527, II)? A melhor resposta é a negativa. Deve ser evitada a sobreposição dos *juízos decisórios* do relator em um e em outro caso, mesmo quando o fator “urgência” mostrar-se presente e decisivo para um e para outro.

Não há, com efeito, vinculação necessária entre o processamento *imediato* do agravo na forma de instrumento (juízo de admissibilidade do agravo) e a atribuição de efeito suspensivo ou a antecipação dos efeitos da tutela recursal (peculiaridade procedimental do agravo admitido na modalidade de instrumento). São coisas diferentes, cada uma voltada ao atingimento de finalidade processual própria. É certo que a conversão do agravo de instrumento em retido justifica-se porque não há, no entendimento do relator, necessidade de reexame imediato da interlocutória questionada, isto é, ele, o relator, não verifica nenhuma probabilidade de a decisão causar lesão grave e de difícil reparação ao agravante; não vê, para empregar a expressão usual, *periculum in mora* que justifique o seu reexame imediato. Também é certo que a não atribuição de efeito suspensivo ou o pedido de tutela antecipada recursal pode justificar-se pela ausência de uma situação periclitante.

Ocorre, entretanto, que há outras situações, para uma e para outra hipótese, que nada têm que ver com a existência de *urgência*. Assim, nos casos de inadmissão da apelação, em que a imposição do agravo de instrumento (e não retido) justifica-se por outras razões (v. n. 3, *supra*), e nos casos de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em que o pedido é feito não com base no art. 273, I, mas com fundamento no inciso II ou do § 6º do art. 273. Também nestes casos, não se está tratando de urgência propriamente dita, não, pelo menos, em primeiro plano e de forma explícita.

Assim, o que se verifica é que, a par de nem sempre as hipóteses dos incisos II e III do art. 527 reclamarem, para serem praticadas, o que o

legislador identificou como “lesão grave e de difícil reparação”, mesmo nos casos em que há este critério, nem por isto a ausência de *periculum in mora* para deixar de atribuir efeito suspensivo ao recurso significará a conversão do agravo de instrumento em retido.

O que é correto destacar é que as situações descritas no inciso III do art. 527 reclamam, nos casos de *periculum in mora*, o proferimento de uma decisão ainda mais rápida e, por isto mesmo, mais rarefeita (“cognição *superficial*”; v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) do relator. Trata-se de uma urgência que se sobrepõe à que exige o processamento *imediato* do agravo, que “vem antes” dela. Uma “urgência-urgentíssima”, para fazer uso de expressão que pretende ser apenas didática.

Assim, seja porque os juízos de cognição de cada uma das hipóteses dos incisos II e III do art. 527 são, por definição, diversos, seja porque nem sempre a tramitação do agravo de instrumento ou a antecipação dos efeitos da tutela recursal repousa em uma situação que envolva “urgência” (“*periculum in mora*”), não há razão para vincular uma decisão à outra: não é porque se nega efeito suspensivo ao recurso que, por isto e só por isto, a forma de *instrumento* do agravo deverá ser recusada. Pode ser que não haja uma situação de urgência imediata a ser tutelada (efeito suspensivo), mas que reclame um julgamento para breve (manutenção do agravo em sua forma de instrumento). Há dano a ser debelado, mas não um dano *imediato*. Trata-se de um dano que não se consumará no prazo em que o agravo, desde que processado na sua forma de instrumento, será julgado, o qual, em termos ideais, deverá ser em trinta dias contados da intimação do agravado para oferecimento das contrarrazões (art. 528; v. n. 3.4.5, *infra*). Em casos como estes, é correto o indeferimento do efeito suspensivo ou da antecipação dos efeitos da tutela recursal (art. 527, III), à falta de um muito intenso *periculum in mora* (“urgência-urgentíssima”). Não é correta, contudo, só por isto, a conversão do agravo de instrumento em retido, determinando-se o envio dos autos respectivos para o juízo de primeiro grau de jurisdição.

### 3.4.4. Informações

Não sendo o caso de rejeição ou acolhimento liminar do agravo de instrumento (art. 527, I) ou de sua conversão em agravo retido (art. 527, II), e independentemente da atribuição do efeito suspensivo ou da antecipação

da tutela recursal (art. 527, III), o relator poderá requisitar informações ao juízo da causa, que terá o prazo de dez dias, contados a partir do recebimento da comunicação respectiva, para prestá-las. É o que dispõe o art. 527, IV. A prática forense demonstra ser bastante usual o pedido de informações.

Enorme utilidade para a requisição e prestação de informações pelo juízo prolator da decisão agravada reside, dentre outras circunstâncias, na possibilidade de ser informado ao relator o cumprimento, pelo agravante, do disposto no *caput* do art. 526 (v. n. 3.3, *supra*) e, bem assim, a ocorrência do “juízo de retratação”, isto é, se houve reexame, pelo próprio juízo prolator, da decisão agravada. Se houver, é caso de o agravo de instrumento ser julgado prejudicado (art. 529). Embora o dispositivo refira-se a “reformou *inteiramente* a decisão”, não há qualquer óbice para que a retratação seja parcial e que ela prejudique o agravo de instrumento em idêntica proporção. A questão ganha maior interesse quando analisada da perspectiva de várias decisões agravadas de uma só vez ou, o que é mais comum, de decisão que contém diversos *capítulos* (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

O art. 529, de qualquer sorte, é peremptório: dada a retratação (total ou parcial), o agravo deve ser considerado prejudicado. Antes das substanciais modificações introduzidas pela Lei n. 9.139/1995 no regime do agravo de instrumento, o antigo § 6º do art. 525 previa que, em tais casos, o agravado poderia requerer o julgamento do agravo de instrumento pelo Tribunal, regra claramente inspirada no “princípio da economia e eficiência processuais”, na medida em que, com a retratação, é muito provável que o agravado passe a experimentar *prejuízo* de, pelo menos, idêntica envergadura à que motivou a interposição do agravo de instrumento. A despeito do silêncio do atual regime, o rigor do art. 529 deve ser amenizado quando houver manifestação do agravado para que o agravo seja julgado e desde que seja estabelecido, com o agravante, o cabível contraditório na espécie. Conclusão em sentido oposto levará o agravado a interpor novo agravo para discutir a mesma decisão (embora sem sentido contrário), dando ensejo à formação de instrumento igual àquele que, para todos os fins, já está apto ou quase apto para julgamento colegiado o que conspira contra os princípios constitucionais destacados.

### 3.4.5. Intimação do agravado e contrarrazões

Com ou sem a requisição de informações, de acordo com o inciso V do art. 527, o relator determinará a intimação do agravado para apresentar suas contrarrazões no prazo de dez dias por intermédio de seu advogado ou, mais amplamente, procurador. A intimação será feita pela imprensa oficial nas comarcas (e seções judiciárias) que são sedes de Tribunal e naqueles casos em que estes expedientes sejam regularmente feitos daquela forma. Caso contrário, deverá o advogado ser intimado por ofício registrado com aviso de recebimento. Quando o agravado for representado pela Defensoria Pública, a intimação de seu Defensor deve ser pessoal (v. n. 5.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

É nas contrarrazões que, sendo o caso, o agravado pugnará pelo *não conhecimento* do agravo de instrumento pela deficiência de sua formação, sendo intempestiva manifestação posterior neste mesmo sentido. Assim já decidiu a 4ª Turma do STJ nos EDcl no AgRg no Ag 1.337.746/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 14.4.2011, DJe 11.5.2011.

O mesmo inciso V faculta ao agravado que, em sua resposta, isto é, em suas “contrarrazões”, apresente “a documentação que entender conveniente”. Em se tratando de peças estranhas aos autos da primeira instância, importa que o agravante tenha vista dos autos do agravo de instrumento, imposição derivada do “modelo constitucional do processo civil” e que, no plano infraconstitucional, encontra fundamento no art. 398.

O inciso V do art. 527, contudo, vai além.

Fazendo expressa remissão ao art. 525, § 2º, destaca que a resposta do agravado pode ser apresentada pelo correio, desde que postada no prazo de dez dias, apresentada diretamente ao Tribunal ou, ainda, desde que haja *norma* local neste sentido, de outra forma. Assim, no caso da justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, é viável que as contrarrazões de agravo de instrumento sejam apresentadas pelo protocolo descentralizado regulamentado pela Lei estadual n. 11.336, de 26 de fevereiro de 2003.

### 3.4.6. Oitiva do Ministério Público

Sendo o caso, após a apresentação das contrarrazões, o Ministério Público será ouvido no prazo de dez dias.

A regra do inciso VI do art. 527 deve ser reservada àquelas hipóteses em que o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da lei. Se ele for parte, atuará no agravo de instrumento como agravante ou como agravado, consoante o caso, observando-se, no particular, as regras específicas sobre a atuação de seus membros (v. n. 3.3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

Nos casos de rejeição liminar (art. 527, I) e de conversão do agravo de instrumento em retido (art. 527, II), dado que o agravo de instrumento não será julgado de imediato, não há razão para ouvir, desde logo, o Ministério Público, mesmo na qualidade de fiscal da lei. Ele, quando for o caso, já será ouvido por ocasião da apelação – se não for ele o apelante, mesmo que na qualidade de *custos legis* (v. n. 2.2.3 do Capítulo 3) –, oportunidade na qual se manifestará sobre o agravo retido, analisando, dentre outras circunstâncias, se o caso é de conhecimento do recurso diante da regra do *caput* do art. 523 ou de julgá-lo prejudicado.

Contrariamente, desde que o agravo prossiga, perante o Tribunal, na forma de instrumento, o Ministério Público – quando presente alguma das situações em que a lei exige sua participação (art. 82) – intervirá após as contrarrazões do agravado e, se for o caso, já com as informações devidamente prestadas pelo juízo de primeira instância. Aplica-se à espécie, destarte, a regra do art. 83, I.

### 3.4.7. Julgamento colegiado

Tomadas todas as providências analisadas pelos números anteriores, o relator pedirá dia para o julgamento do agravo de instrumento, que, de acordo com o art. 528, deverá realizar-se no prazo de trinta dias contados da intimação do agravado para os fins do art. 527, V. Aplica-se, à espécie, o art. 552 (STJ, 4ª Turma, REsp 505.088/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 17.6.2008, DJe 25.8.2008).

Participam do julgamento três Desembargadores (art. 555), o relator e mais dois, sendo certo que, no agravo de instrumento, não há “revisor” (art. 551).

O art. 554 veda a realização de sustentação oral em sede de agravo de instrumento, o que, à luz das inegavelmente importantes e frequentes interlocutórias do sistema processual civil da atualidade, deve ser mitigado no âmbito dos Tribunais, consoante as circunstâncias de cada caso concreto,

para viabilizar uma mais ampla discussão da causa, máxime à falta de revisor. É supor a hipótese em que o agravo de instrumento é interposto de decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional para os fins do art. 273 (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e n. 2 do Capítulo 1 da Parte I do vol 4).

Havendo agravo de instrumento e apelação para serem julgados na mesma sessão, o agravo deverá ser julgado em primeiro lugar, em atenção ao parágrafo único do art. 559, exigência que acaba por se afinar, totalmente, à mesma lógica do agravo retido (art. 523, *caput*; v. n. 2, *supra*).

Questão importante a respeito do parágrafo anterior consiste em saber se já proferida, em primeira instância, sentença, subsiste interesse recursal ao agravo de instrumento ainda não julgado.

Nos casos em que haja apelação interposta da sentença, não há como recusar o entendimento de que subsiste o interesse, situação à qual se aplica, em sua inteireza, o disposto no precitado parágrafo único do art. 559.

Nas hipóteses em que não há interposição de apelação e que, por isto mesmo, a sentença tende a transitar em julgado (formal ou materialmente), a questão ganha maior interesse.

São duas as correntes que se formaram a respeito do tema. A primeira delas rejeita o entendimento de que o agravo de instrumento fique prejudicado, subsistindo o interesse em seu julgamento, a despeito do proferimento da sentença irrecorrida. A segunda, diferentemente, entende que a não interposição do apelo deve ser entendida como indicativo de que o agravante não tem mais interesse jurídico no julgamento do agravo de instrumento.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de analisar a questão quando entendeu que o proferimento da sentença, por si só, não impede necessariamente, e em qualquer caso, o julgamento do agravo de instrumento e, se for o caso, a manutenção de seus efeitos, quando já julgado. Para tanto, é mister examinar o teor da decisão impugnada no agravo de instrumento e o da sentença, comparando-os. Na medida em que eles tratem da mesma questão sem aprofundamento da “cognição jurisdicional” (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), não há qualquer óbice para que o Tribunal julgue o agravo de instrumento, prevalecendo a decisão a ser proferida naquela sede sobre a sentença por força da hierarquia que existe entre aqueles órgãos

jurisdicionais. Quando houver alteração do quadro fático subjacente à decisão agravada e à sentença, contudo, a solução é diversa, prevalecendo, por força do *aprofundamento* da “cognição jurisdicional”, o quanto decidido pela primeira instância e, conseqüentemente, a subsistência no *interesse* do julgamento do agravo de instrumento. É o que decidiram, por exemplo, a 5ª Turma daquele Tribunal no REsp 547.415/AL, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 22.5.2007, DJ 29.6.2007, p. 691; a 3ª Turma no REsp 765.105/TO, rel. Min. Ari Pargendler, j.un. 8.8.2006, DJ 30.10.2006, p. 299; e a 2ª Turma AgRg no REsp 985.734/PR, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 18.12.2008, DJe 13.2.2009; nos EDcl no REsp 465.580/RS, rel. Min. Castro Meira, j. un. 3.4.2008, DJe 18.4.2008; e no REsp 742.512/DF, rel. Min. Castro Meira, j.m.v. 11.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 206.

### **3.5. Especificamente a irrecorribilidade da decisão do relator (art. 527, parágrafo único)**

Como adiantado pelos ns. 3.4.2 e 3.4.3, *supra*, a decisão que o relator profere para os fins dos incisos II e III do art. 527 “somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”. A lei não quis dizer de forma expressa, mas o que se deve entender do dispositivo é que aquelas decisões monocráticas são *irrecorribéis de imediato*. Tanto assim que a parte final do inciso II do art. 527, redação da Lei n. 10.325/2001, que previa expressamente a possibilidade de interposição de recurso da decisão monocrática do relator que convertia o agravo de instrumento em retido, não foi repetida na atual redação dada àquele dispositivo pela Lei n. 11.187/2005 (v. n. 3.4.2, *supra*).

Vale o insistir no ponto: quando o parágrafo único do art. 527 prevê que a decisão monocrática é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, ela é claramente inócua, tanto nos casos do inciso II como nos do inciso III do art. 527.

Se se determinar a conversão do agravo de instrumento em retido, o “julgamento do agravo” terá de aguardar o da apelação (art. 523, *caput*). Se se indeferir a atribuição de efeito suspensivo ou a antecipação da tutela que se pretende obter com a interposição do agravo de instrumento, sua atribuição a final, quando do julgamento do recurso, também é inócua porque, neste caso, a decisão a ser proferida pelo órgão julgador substituirá

(art. 512) a decisão interlocutória agravada, sendo desnecessário falar, neste instante procedimental, em exercício de “tutela preventiva” ou de “tutela de urgência”. A conclusão é a mesma nos casos de atribuição do efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Postergar o exame destas decisões para depois é, por definição, situação que tem tudo para criar, ao agravante (ou ao agravado), situação de lesão ou de ameaça a direito seu. É negar tutela jurisdicional *oportuna e efetiva* porque *intempestiva* (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Diversos os questionamentos a que a atual redação do dispositivo rende ensejo. O primeiro, verdadeiramente prejudicial aos demais, é o seguinte: é constitucional uma regra como a que ocupa hoje o parágrafo único do art. 527? É dado à lei dizer que não cabe o que passou a ser chamado de “agravo interno” em determinados casos?

O enfrentamento adequado destas questões depende da solução de outras duas: há um “princípio do duplo grau de jurisdição” garantido na Constituição? Se sim, em que ele consiste?

A resposta positiva já foi dada por este *Curso* no n. 8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 e retomada pelo n. 2 do Capítulo 2, sendo desnecessário trazer as razões lá expostas para cá: existe, ainda que implicitamente, um princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal, e ele significa, no que interessa para o número presente, a possibilidade de, no âmbito dos Tribunais, serem contrastadas as decisões tomadas isoladamente pelos seus membros perante o órgão *colegiado* respectivo. É o que o n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 e o n. 2.1 do Capítulo 2 chamam de “princípio da colegialidade nos Tribunais”.

É correto o entendimento que acabou por prevalecer na doutrina e na jurisprudência de que não agride o “modelo constitucional do processo civil” a circunstância de a lei, rente à concretização de outros valores constitucionais do processo – celeridade, por exemplo –, dispor que, no âmbito dos Tribunais, decida-se de forma isolada (monocraticamente), *desde que* a lei preveja mecanismo adequado de contraste desta decisão perante o órgão colegiado, que, para ir direto ao ponto, é o “juiz natural” do julgamento dos recursos no nosso sistema. O chamado “agravo *interno*” veio para desempenhar esta função desde a primeira vez que a lei processual civil se ocupou dele, fazendo, aqui, referência ao art. 39 da Lei n.

8.038/1990. Nestas condições, a decisão monocrática do relator deve ser entendida mais como técnica de *antecipação* procedimental do julgamento colegiado por um de seus membros do que decisão singular e suficiente, porque incontrastável. Antecipa-se, em determinadas circunstâncias, aquilo que o colegiado entende firme e uniforme, facultando-se, de qualquer sorte, que aquele mesmo órgão verifique a correção da decisão isolada.

O problema trazido pela Lei n. 11.187/2005, ao dar nova redação ao parágrafo único do art. 527, é que ela vedou expressamente o cabimento do agravo *interno*, deixando margem às questões já apresentadas. Como o atrito ao “modelo constitucional do processo civil”, contudo, é evidente, não há como recusar ser a vedação imposta pelo parágrafo único do art. 527 *inconstitucional* e, por isto, é como se a vedação do parágrafo único do art. 527 não estivesse escrita, não existisse juridicamente. O agravante que se vê prejudicado com a decisão do relator proferida nos moldes dos incisos II ou III do art. 527 pode, no prazo de cinco dias, apresentar o recurso de agravo *interno* ao órgão colegiado competente, prevalecendo para a hipótese – a despeito do texto da lei – a regra genérica do art. 557, objeto de exame pelo n. 5, *infra*.

Não se trata, importa frisar, de admitir que os Regimentos Internos dos Tribunais possam *suprir* a falta de recurso prevista na legislação *federal* pelos chamados “agravos *regimentais*” (como já teve oportunidade de decidir, por exemplo, o Órgão Especial do TJRJ no Mandado de Segurança n. 1.508/2006, Processo n. 2006.004.01508, rel. Des. Marcus Faver, j.un. 13.12.2007, DJ 28.1.2008), mas, bem diferentemente, de recusar constitucionalidade à restrição, imposta por *lei federal*, quanto ao cabimento de um recurso apto para viabilizar o contraste da decisão monocrática, no âmbito dos Tribunais, pelo órgão colegiado competente.

Declarada, pelas razões expostas, a inconstitucionalidade da vedação – quando deverá ser observado o procedimento disciplinado pelos arts. 480 a 482, por força do art. 97 da Constituição Federal, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento da constitucionalidade para os casos futuros (v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II) –, o agravo interno será julgado para lhe dar ou negar provimento, mantendo, conseqüentemente, a decisão do relator. Antes disto, contudo, é dado ao relator *retratar-se* de sua decisão, traço característico dos agravos, o que, no particular, não deixa de ser admitido

pelo dispositivo aqui examinado. Com efeito. Quando o parágrafo único do art. 527 acentua que a decisão do relator, nas hipóteses examinadas, só “é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”, pode-se sustentar que este *indicativo* da lei quer significar que a interposição do agravo interno viabilizará que o relator *reconsidere* a decisão que acabou de proferir. Caso não a reconsidere, que dê andamento ao agravo interno para que o órgão colegiado respectivo o julgue tão logo a parte contrária seja ouvida sobre o recurso.

A conclusão a que chegaram os parágrafos anteriores está longe de despertar a unanimidade da doutrina e da jurisprudência, muito pelo contrário. Importa destacar, contudo, que para quem não entende *inconstitucional* a proibição do agravo interno, tal qual desenhada pelo parágrafo único do art. 527, não há como descartar que o contraste da decisão do relator seja feito mediante recurso extraordinário e/ou recurso especial por se tratar de decisão proferida em *única* instância da qual não cabe mais nenhum “recurso ordinário”, consoante estejam presentes os seus respectivos pressupostos constitucionais (v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11) – entendimento que já teve oportunidade de ser rechaçado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no REsp 905.592/MG, rel. Min. José Delgado, j.un. 16.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 235 – ou, em sendo a parte prejudicada com a decisão pessoa jurídica de direito público, por “suspensão de segurança”, instituto de duvidosa constitucionalidade, previsto no art. 15 da Lei n. 12.016/2009 e no art. 4º da Lei n. 8.437/1992, estudado pelo n. 5 do Capítulo 7 da Parte I, pelo n. 8 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 4 e pelo n. 13 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III.

Não obstante estas considerações, boa parte da doutrina tem indicado o “mandado de segurança contra ato judicial” como medida aplicável à espécie. A 3ª Turma do STJ, em voto extremamente bem fundamentado proferido pela Ministra Fátima Nancy Andriahi, já teve oportunidade de entender desta mesma forma (RMS 22.847/MT, j.un. 1.3.2007, DJ 26.3.2007, p. 230; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II), orientação que acabou por prevalecer na Corte Especial daquele Tribunal (RMS 25.934/PR, rel. Min. Nancy Andriahi, j.m.v. 27.11.2008, DJe 9.2.2009).

Com o devido respeito, o entendimento não tem a adesão deste *Curso*. É que as hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial,

na linha defendida pelo mesmo n. 2 do Capítulo 4 da Parte II, pressupõem o não funcionamento eficaz do sistema recursal, o que não se dá com relação ao parágrafo único do art. 527. Quando os defensores do cabimento daquela medida contra o ato do relator destacam ser inviável a uma lei vedar a recorribilidade da decisão por ele proferida monocraticamente, estão, a bem da verdade, a sustentar que a vedação agride o “modelo constitucional do processo civil”. Na medida em que a restrição é descabida, é o agravo interno que deve ser utilizado, como se a sua proibição não estivesse escrita, e não o mandado de segurança contra ato judicial, que, vale insistir, deve ser reservado para hipóteses outras, certamente raras no sistema processual civil da atualidade, em que não há *validamente* recurso apto para evitar lesão ou ameaça a direito.

A questão, *data maxima venia*, é a de reconhecer, ou não, constitucionalidade a lei que estabelece a irrecorribilidade de uma decisão monocrática no âmbito dos Tribunais. Na exata medida em que se assume que a lei pode disciplinar que é o relator quem decide e que desta sua decisão não cabe controle (não há recurso), inexistente espaço para o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial. É esta a razão pela qual, a este *Curso*, parece inconciliável o reconhecimento de que deve haver controle, perante o colegiado, do ato do relator, e não reconhecer, em idêntica proporção, a inconstitucionalidade do dispositivo de lei que a veda, optando pelo emprego do mandado de segurança contra ato judicial.

Também outras medidas, como “agravos regimentais” e “pedidos de reconsideração”, devem ser descartadas para a revisão da decisão proferida monocraticamente pelo relator, porque, pelas razões expostas pelo n. 5.3, *infra*, e pelo Capítulo 5 da Parte III, respectivamente, elas, por não serem agasalhadas pelo sistema processual civil, não têm aptidão de gerar direito subjetivo público ao prejudicado pela decisão monocrática de ver o seu inconformismo examinado a tempo e modo oportunos. É essa a razão pela qual este *Curso* não pode aderir ao entendimento que a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça alcançou no julgamento do RMS 26.828/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 26.8.2009, DJe 28.10.2009, que defendeu o não cabimento do mandado de segurança contra ato judicial quando o Tribunal de origem contiver previsão *regimental* de recurso da decisão monocrática ao colegiado competente.

Pelas razões expostas acima, este *Curso*, diante do reconhecimento de que o parágrafo único do art. 527, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.187/2005, é inconstitucional, entende cabível o agravo interno para contraste da decisão do relator proferida com base no inciso II e/ou no inciso III do mesmo dispositivo, observando-se, no particular, o procedimento decorrente do art. 557, examinado pelo n. 5.1, *infra*.

Por fim, mas não menos importante, vale destacar que a irrecurribilidade de que trata o parágrafo único do art. 527 deve ser entendida, no que diz respeito aos “casos do inciso III do *caput* deste artigo”, indistintamente, quer se trate de *atribuição*, quer de *negação* do efeito suspensivo ou da tutela antecipada recursal. Todas as considerações anteriores têm pertinência para os casos em que o agravante requer a atribuição de efeito suspensivo a seu agravo ou a antecipação da tutela recursal e vê seu pedido *negado* ou para a hipótese inversa: o efeito suspensivo (ou a antecipação da pretensão recursal) é *concedido* em atenção ao pedido do agravante. O parágrafo único do art. 527 está a vedar a apresentação de recurso pelo agravado também neste caso. É dizer de forma bem direta: a decisão proferida pelo relator ao receber o recurso de agravo de instrumento para *atribuir ou para negar* efeito suspensivo a ele (art. 527, III) ou, ainda, para *deferir ou para indeferir*, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (ainda o art. 527, III) é *irrecorrível* pelo agravante e pelo agravado.

De resto, no que diz respeito à hipótese do inciso II do art. 527, conversão do agravo de instrumento em retido, não há sequer como vislumbrar *interesse jurídico* para o agravado apresentar qualquer recurso. Basta, neste sentido, entender a hipótese como de irrecurribilidade para o agravante.

## **4. O AGRAVO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL**

Outra espécie do recurso de agravo é o disciplinado pelo art. 544. Trata-se do agravo dirigido à decisão que profere juízo de admissibilidade negativo a recurso extraordinário e/ou a recurso especial, isto é, que

indeferir o seguimento daqueles recursos que, como expõe o n. 6 do Capítulo 11, devem ser interpostos perante o Tribunal prolator da decisão recorrida.

O agravo a que se refere o art. 544, originalmente, era processado na modalidade de *instrumento*, razão pela qual muito de sua disciplina legislativa – e muito da sua aplicação prática – dependia da correta “formação do instrumento”. Os rigores exigidos para sua formação e a demora no tempo desta e de seu processamento, contudo, levaram o legislador mais recente a editar a Lei n. 12.322/2010 que transformou aquela modalidade recursal em um “agravo nos próprios autos”, permitindo, com isso, que a interposição e o processamento do recurso se deem nos próprios autos em que é interposto o recurso especial e/ou o recurso extraordinário que se pretende destrancar e em que é proferida a decisão que se pretende reformar. Assim, toda a problemática que ocupava, nas edições anteriores, o n. 4.1 deste Capítulo, intitulado “formação do instrumento”, restou (felizmente) superada, embora entenda o Superior Tribunal de Justiça que os rigores formais da anterior disciplina devem se aplicar aos agravos interpostos antes da vigência da nova disciplina legislativa (9.12.2010), como fazem prova os seguintes julgados: STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.400.931/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.3.2012, DJe 16.3.2012 e STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.391.012/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 3.5.2012, DJe 15.5.2012.

O agravo de que trata o art. 544 deve ser interposto perante o próprio órgão prolator da decisão agravada, isto é, perante o Presidente (ou Vice-Presidente, conforme o caso; v. n. 6 do Capítulo 11) do Tribunal que indeferiu o processamento do recurso extraordinário e/ou recurso especial. O recurso deve ser dirigido aos mesmos autos em que foi proferida a decisão que negou o trânsito do recurso extraordinário e/ou recurso especial e que o agravante pretende reformar.

O § 1º do art. 544, novidade também trazida pela Lei n. 12.322/2010, exige que seja interposto um agravo para cada um dos recursos cujo processamento for indeferido na origem. Assim, para contrastar a decisão que indeferiu o processamento do recurso especial, o interessado disporá do prazo de dez dias para apresentar o agravo respectivo. Para a reforma da decisão que indeferiu o processamento do recurso extraordinário, o

interessado deverá apresentar, no *mesmo prazo de dez dias*, um segundo agravo.

Se o recurso extraordinário ou o recurso especial for admitido somente por um de dois ou mais fundamentos, inexistente interesse na interposição do agravo, orientação expressa na Súmula 292 do STF, que é prestigiada, até os dias de hoje, por aquele Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Inversamente, o provimento do agravo interposto com o objetivo de destrancar o recurso extraordinário ou o recurso especial não impede que o seu respectivo cabimento seja reanalisado oportunamente, diretriz da Súmula 289 do STF.

A orientação deve ser aplaudida não só porque o derradeiro juízo de admissibilidade recursal será feito no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, mas também porque, entender necessária a interposição de outro recurso para questionar o não conhecimento de *parte* do recurso extraordinário e/ou recurso especial seria agredir o princípio da economia e eficiência processuais, pela prática de ato processual inútil, considerando que o recurso, ainda que apenas por um de seus fundamentos, será objeto de exame perante o Tribunal *ad quem*. As novidades da Lei n. 12.322/2010, de cunho mais *formal* que *substancial*, não atiram com essa diretriz.

## 4.1. Interposição do agravo

O prazo de interposição do agravo do art. 544 é de dez dias, inexistindo qualquer peculiaridade na sua contagem, aplicáveis, destarte, as considerações expostas pelo n. 2.5 do Capítulo 3.

As razões recursais, a serem apresentadas nos *mesmos* autos em que proferida a decisão que se pretende contrastar, deverão questionar o acerto da decisão que negou trânsito ao recurso extraordinário e/ou ao recurso especial, indicando as razões de sua reforma, em consonância com o “princípio da *dialeticidade*” (v. n. 8 do Capítulo 2), que encontra eco seguro na Súmula 287 do STF. Também é possível ao agravante demonstrar, em suas razões, a incidência da alínea “c” do inciso II do § 4º do art. 544 (v. n. 4.2, *infra*), robustecendo, com isso, não só a necessidade de reforma da decisão agravada mas também do *provimento* do próprio recurso extraordinário e do recurso especial carentes de processamento.

O agravo não depende do pagamento de custas e despesas postais, no que é expresso o § 2º do art. 544, não derogado pela Lei n. 11.636/2007, que estabeleceu custas judiciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, considerando o disposto nos arts. 3º e 5º daquele diploma legislativo. A regra também não foi alterada pela Lei n. 12.322/2010 que manteve incólume o referido dispositivo.

Seu órgão de interposição, como já destacado pelo n. 4, *supra*, é o Presidente (ou Vice-Presidente) do Tribunal perante o qual o recurso extraordinário e/ou o recurso especial não admitido foi apresentado.

Apresentado o agravo, será imediatamente aberta vista para o agravado, que terá o prazo de dez dias para apresentar as suas contrarrazões (art. 544, §§ 2º e 3º, este na redação da Lei n. 12.322/2010 e que, curiosamente, repete a regra constante do dispositivo anterior, mantido pela nova lei).

Com as contrarrazões, os autos serão enviados para o Supremo Tribunal Federal e/ou para o Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, onde serão processados de acordo com as normas regimentais pertinentes, a saber, os arts. 313 a 316 do RISTF e os arts. 253 e 254 do RISTJ. A parte final do § 3º do art. 544, na redação da Lei n. 12.322/2010, é bastante didática a esse respeito, ao estatuir que: “Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008”.

Como o agravo do art. 544 deve ser interposto perante a Presidência do Tribunal *a quo* (ou quem lhe faça as vezes, para esta finalidade), excepcionando a regra do art. 524, *caput*, importa destacar que aquele órgão não pode negar-lhe seguimento, independentemente do motivo, orientação que é estampada na Súmula 727 do STF: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo 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”. Decisão em sentido contrário enseja o uso de “reclamação” (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III), iniciativa amplamente aceita pela jurisprudência daqueles Tribunais, como fazem prova os seguintes julgados: STF, Pleno, Rcl 2.826/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 13.9.2007, DJ 14.11.2007, p. 42; STJ, 3ª Seção, Rcl 2.506/RN, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 12.12.2007, DJ 1º.2.2008, p. 1; STJ, 2ª Seção, Rcl 1.453/PE, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un.

26.9.2007, DJ 11.10.2007, p. 282; e STJ, 1ª Seção, Rcl 976/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 23.4.2003, DJ 26.5.2003, p. 245. Tais decisões confirmam o entendimento de que somente o Supremo Tribunal Federal e/ou o Superior Tribunal de Justiça têm competência para julgar o agravo do art. 544, inclusive no que diz respeito ao seu juízo de admissibilidade, sendo equivocada qualquer manifestação neste sentido do órgão de interposição. A orientação deve ser prestigiada sob a Lei n. 12.322/2010 que, no particular, nada traz de novo acerca dessas questões. Neste sentido: STJ, 2ª Seção, Rcl 7.559/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 23.5.2012, DJe 1.6.2012.

Vale o destaque, contudo, de que existem decisões, do Supremo Tribunal Federal, admitindo que, nos casos de “deserção” (v. n. 2.7 do Capítulo 3), é legítimo à Presidência do Tribunal *a quo* indeferir, por esse fundamento, o trânsito do agravo, inexistindo, conseqüentemente, qualquer usurpação do Tribunal *ad quem*. Nesse sentido: 2ª Turma, AI-AgR 567.159/MG, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 16.10.2007, DJ 30.11.2007, p. 87; 2ª Turma, AI-AgR 668.265/PR, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 11.9.2007, DJ 5.10.2007, p. 33; Pleno, Rcl 1.887/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 29.8.2002, DJ 20.9.2002, p. 91.

A hipótese inversa, de o órgão de interposição *retratar-se* da decisão indeferitória do trânsito do recurso extraordinário e/ou recurso especial, embora não expressa no art. 544, não pode ser negada. Além de se tratar de medida ínsita aos recursos de agravo em geral, a situação não se confunde com a analisada anteriormente, porque não se trata de usurpação de competência de um órgão jurisdicional pelo outro, mas, diferentemente, de admitir o processamento do recurso ao Tribunal competente para seu julgamento, que proferirá, de vez (e definitivamente), o seu respectivo juízo de admissibilidade. A solução harmoniza-se com o “princípio da economia e eficiência processuais”, posto ser de raríssima aplicação prática. A circunstância de a Lei n. 12.322/2010 ter abolido a formação de instrumento para o recurso de agravo aqui discutido tornou essa hipótese, contudo, pouco interessante de ser destacada ou examinada.

## 4.2. Julgamento

O agravo do art. 544 será julgado com observância das regras apresentadas pelo Capítulo 5 aplicadas ao Supremo Tribunal Federal e ao

Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, com expressa remissão das normas regimentais daqueles Tribunais pelo art. 544, § 4º. Assim, na normalidade dos casos, ele será conhecido ou não, e será provido ou não de acordo com a correção de seus argumentos em detrimento da decisão agravada.

É o que se lê do § 4º do art. 544, na redação que lhe deu a Lei n. 12.322/2010:

“§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I – não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II – conhecer do agravo para:

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal”.

As hipóteses das alíneas “b” e “c” do inciso II do § 4º do art. 544, a exemplo do que já constava do § 3º do art. 544 na redação anterior à Lei n. 12.322/2010, admitem que o relator julgue, de imediato, o próprio recurso extraordinário e/ou recurso especial trancado na origem, aplicando, desta forma, a diretriz jurisprudencial (sumulada ou dominante) do Supremo Tribunal Federal e/ou do Superior Tribunal de Justiça na espécie. Trata-se de regra inspirada no “princípio da economia e da eficiência processuais”.

Em quaisquer casos, a decisão monocrática do relator é agravável – “agravo *interno*”, como propõe o n. 5, *infra* –, nos termos do art. 545, que também ganhou nova redação com a Lei n. 12.322/2010, ampla o suficiente para albergar todas as hipóteses postas em destaque. É ler o dispositivo: “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 §§ 1º e 2º do art. 557”.

Quando o “agravo *interno*” for manifestamente inadmissível ou infundado, o órgão julgador condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre 1% e 10% do valor da causa corrigido monetariamente, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. É o que decorre da remissão feita pelo art. 545 aos §§ 1º e 2º do art. 557. De acordo com a Súmula 182 do STJ: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”. A orientação, correta, acabou sendo acolhida pela Lei n. 12.322/2010, que permite ao relator monocraticamente “não conhecer do agravo (...) que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada”. A fundamentação adequada de qualquer recurso, inclusive o “agravo *interno*”, é reflexo do “princípio da dialeticidade” exposto pelo n. 8 do Capítulo 2.

Cumpra observar que o recurso do art. 545 deve ser interposto diretamente no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, não lhe sendo aplicável o disposto no § 2º do art. 525, clara, a respeito, a Súmula 216 do STJ: “A tempestividade do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”. É possível sua interposição por fax ou por meios eletrônicos, quando devem ser observadas as considerações feitas pelo n. 2.6 do Capítulo 3. À falta de qualquer regra em sentido diverso, outrossim, não se aplicam ao “agravo interno” as flexibilizações admitidas pelo parágrafo único do art. 506 e, mais genericamente, pelo parágrafo único do art. 547.

## **5. O AGRAVO INTERNO**

Como já adiantado em diversas passagens deste volume (v., em especial, o n. 3.5, *supra*), manifestação segura do “princípio do duplo grau de jurisdição” no âmbito dos Tribunais é o que vem sendo cada vez mais chamado de “princípio da colegialidade”.

Tal princípio, no que interessa para os fins presentes, deve ser entendido como significativo de que, no “modelo constitucional do direito processual civil” brasileiro, todas as decisões proferidas pelos Tribunais o devem ser

colegiadamente, isto é, em grupos, e não monocraticamente, isoladamente, como ocorre, também em atenção ao mesmo “modelo”, na primeira instância.

Como todo princípio, não há, em sua previsão – mesmo que implícita, segundo alguns –, ânimo de totalitarismo, é dizer, nada mais coerente com um *princípio* jurídico que ele aceite restrições e abrandamentos em nome de outros princípios, muitas vezes com ele incompatíveis. Assim, não há qualquer agressão ao “modelo constitucional” no fato de a lei, forte na realização concreta de outros princípios processuais civis, admitir o proferimento de decisões monocráticas pelos membros dos Tribunais. Mas – e a ressalva é característica da operação com princípios jurídicos – a admissão só é legítima na medida em que se possa assegurar a manifestação colegiada. O relator, destarte, pode decidir isoladamente em determinados casos *desde que* sua decisão possa, depois, ser reexaminada de maneira útil pelo órgão colegiado. O Tribunal, como órgão colegiado, é que tem competência para apreciação dos recursos e, mais amplamente, das causas que lhe são dirigidas. O que a lei pode, legitimamente, fazer é *delegar* aos membros dos Tribunais a prática de alguns atos, inclusive decisórios, sempre resguardada, contudo, a possibilidade de manifestação do colegiado competente.

O “agravo interno”, destarte, é o recurso que viabiliza o controle de decisão proferida monocraticamente no âmbito dos Tribunais pelo colegiado competente de acordo com as normas regimentais aplicáveis à espécie. Trata-se de manifesta aplicação do “princípio da colegialidade” (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) ou, caso se queira, do “princípio do juiz natural”, que, no âmbito dos Tribunais, só pode, à luz do “modelo constitucional”, ser o órgão colegiado (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Como *recurso* que é, só *lei federal* pode prever o seu cabimento, descabida sua previsão, posto ser prática extremamente comum, nos regimentos internos dos Tribunais, assunto ao qual se volta o n. 5.3, *infra*. É esta a razão, aliás, para que os *nomes* dados a uma e a outra medida sejam diversos e não sejam tratadas indiferentemente porque representam figuras diversas, apenas a aqui examinada, digna de subsistência no sistema processual civil.

O Código de Processo Civil ocupa-se do “agravo interno” em diversos dispositivos. A sua previsão *genérica* está no § 1º do art. 557. Previsões *específicas* estão no parágrafo único do art. 120 (agravo da decisão monocrática que julga o conflito de competência; v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 2, tomo I); no art. 532 (decisão do relator que indefere os embargos infringentes; v. n. 4 do Capítulo 9); e no art. 545 (agravo da decisão monocrática proferida no âmbito do STF e/ou do STJ, que julga o agravo do art. 544; v. n. 4.2, *supra*).

Como exposto pelo n. 3.5, *supra*, o parágrafo único do art. 527 ao recusar o cabimento do recurso aqui tratado deve ser considerado *inconstitucional*.

No âmbito dos Tribunais Superiores, cabe destacar o art. 39 da Lei n. 8.038/1990, segundo o qual “Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias”.

## 5.1. Procedimento

Para o número presente, cabe a exposição dos §§ 1º e 2º do art. 557, que devem ser entendidos, vale a ênfase, como a previsão *genérica* do agravo interno, verdadeira realização, no plano infraconstitucional, dos princípios já destacados, extraídos do “modelo constitucional do direito processual civil”. Os demais casos, justamente porque são específicos, são tratados ao longo da exposição, consoante sejam apresentados os temas que lhe são correlatos, indicados nos números referidos nos parênteses do parágrafo anterior.

O *caput* do art. 557 assim como o seu § 1º-A evidenciam os casos em que a lei processual civil, legitimamente, *delega* ao relator a função de atuar monocraticamente. As hipóteses são as examinadas no n. 3.1 do Capítulo 5.

Da decisão do relator que atua, correta ou incorretamente, com base naqueles permissivos, cabe o “agravo” previsto no § 1º do art. 557 para remover o prejuízo causado a uma das partes, o próprio recorrente, nos casos do *caput* do art. 557, ou a parte contrária, o recorrido, nos casos do § 1º-A do art. 557. A parte final do § 1º do art. 557, ao referir como finalidade do agravo aqui examinado o “seguimento” do recurso, é insuficiente diante do precitado § 1º-A. Quando a hipótese for de *dar* provimento

monocraticamente ao recurso, o agravo interno visa à reforma desta decisão, negando-lhe provimento ou, até mesmo, nem sequer conhecendo do recurso à falta de seus pressupostos.

O prazo do agravo interno, de acordo com o § 1º do art. 557, diferentemente do que se dá com as demais modalidades do recurso de agravo, é de *cinco* dias. Sua contagem e fluência deverá levar em conta as considerações expostas pelo n. 2.5 do Capítulo 3.

Uma vez interposto o agravo interno, ainda é a disciplina do mesmo § 1º do art. 557, o magistrado que proferiu a decisão agravada poderá retratar-se, isto é, redecidir, dando provimento, ele mesmo, ao agravo interno. Caso contrário, ato contínuo, levará o agravo interno para julgamento perante o órgão colegiado competente, observando-se, para sua identificação, o regimento interno do Tribunal a que integra.

Não obstante o silêncio do art. 557, o agravo interno pode vir a ser processado com efeito suspensivo, aplicando-se-lhe o *caput* do art. 558 (v. n. 3.4.3, *supra*, e n. 3.2 do Capítulo 5). É o próprio relator, que proferiu a decisão agravada, quem deve verificar, a despeito de seu entendimento pessoal, se há chances de êxito da pretensão recursal perante o órgão *colegiado* e se há, também, *urgência* a reclamar sua imediata imunização.

A propósito do indispensável julgamento colegiado do agravo interno, importante a lembrança do § 3º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992. O dispositivo, ao cuidar do agravo interno de decisão proferida pelo Presidente do Tribunal, nas hipóteses descritas no seu *caput* (é uma das situações em que o sistema admite o chamado “pedido de suspensão”, medida voltada à imunização dos efeitos de decisões obtidas contra as pessoas jurídicas de direito público e que é examinada pelo n. 13 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III), impõe que aquele recurso seja levado a julgamento “na sessão seguinte a sua interposição”. A diretriz deve ser observada para qualquer agravo interno, até mesmo em função do princípio agasalhado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, com vistas à obtenção de maior celeridade processual. Ademais, pela sua própria característica, o agravo interno que não seja julgado na brevidade possível tende, na maior parte das vezes, a perder o seu objeto, porque absorvido pelo julgamento colegiado do outro recurso em que, incidentalmente, foi admitida a decisão monocrática do membro do Tribunal.

De acordo com o § 2º do art. 557, na hipótese de o agravo ser manifestamente inadmissível ou infundado, o tribunal – e não o relator (v. n. 3.1 do Capítulo 5) –, no julgamento do agravo interno, condenará o agravante a pagar multa arbitrada entre 1% e 10% do valor da causa, corrigido monetariamente, em benefício do agravado. A interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do respectivo valor. A exigência agride o “modelo constitucional do processo civil” porque interfere, indevidamente, na atuação das partes ao longo do processo e, conseqüentemente, atrita com o próprio direito de ação (v. n. 5 do Capítulo 8). O que é legítimo é que eventuais penas de litigância de má-fé sejam aplicadas ao longo do processo e, até mesmo, exigíveis de plano. Nunca, contudo, *condicionar* a prática de um ato processual ao pagamento do valor correspondente a uma sanção, máxime quando o recurso a ser interposto pretende questionar o acerto ou o desacerto do apenamento. Correta, nessa perspectiva – embora sem discussão de natureza constitucional –, a decisão da 4ª Turma do STJ (REsp 1.354.977/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 2.5.2013, DJe 20.5.2013) que restringe a vinculação criada pelo dispositivo em exame ao segmento recursal da própria decisão que impõe a multa e não a outros recursos interpostos de outras decisões ao longo do processo.

Ademais, por força do art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, a imposição do § 2º do art. 557 é violadora do “modelo constitucional do processo civil” por atritar com o “princípio da isonomia”. A dispensa da realização de “depósito prévio para interposição de recurso” não apresenta qualquer *discrímen* apto a justificar o tratamento diferenciado entre os litigantes porque o sistema da execução contra a Fazenda Pública (v. Capítulo 8 da Parte II do vol. 3) não significa que ela não possa ter orçamento previamente aprovado para o pagamento de eventuais despesas processuais. A norma é tanto mais inconstitucional quando interpretada para excluir as pessoas de direito público *também* do depósito prévio da *multa* do § 2º do art. 557, a exemplo do que o parágrafo único do art. 488 reserva para a “ação rescisória”, na mesma linha do que expõe o n. 5.2 do Capítulo 1 da Parte II.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, tem entendimento contrário, como fazem prova os seguintes julgados de sua Corte Especial: EREsp

1.068.207/PR, rel. p./acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, j.m.v. 2.5.2012, DJe 16.8.2012; EREsp 936.884/ES, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 3.12.2008, DJe 12.2.2009; EREsp 808.525/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 19.9.2007, DJ 22.10.2007, p. 183, e EREsp 695.001/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.m.v. 19.12.2006, DJ 2.4.2007, p. 207, embora nos EDcl no AgRg no Ag 1.357.956/RJ, j.un. 2.8.2011, DJe 10.8.2011 e nos EDcl nos EDcl no Ag 1.387.107/RJ, j.un. 6.3.2012, DJe 12.3.2012, ambos pela 4ª Turma daquele Tribunal, rel. Min. Luis Felipe Salomão, entendeu-se que a aplicação da multa em “percentual exorbitante” pode agredir o “princípio constitucional do amplo acesso à Justiça”. É o entendimento firmado também pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no AI-AgR-ED-EDv-ED 567.171/SE, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 3.12.2008, DJe 6.2.2009.

Sob pena de agredir o sistema recursal e, por isto mesmo, o “princípio do devido processo legal” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), outrossim, é importante entender que a disciplina a ser observada para o procedimento e julgamento do “agravo interno” é a mesma do recurso que, não fosse pela atuação monocrática do relator, seria julgado. A modalidade de agravo aqui examinada, importa enfatizar, é mera técnica de aceleração dos atos processuais. Uma vez que seja pretendido o reexame da decisão singular perante o colegiado, deixa de haver qualquer justificativa apta para afastar a disciplina relativa aos julgamentos colegiados, a qual, conseqüentemente, deve ser integralmente observada.

Assim é que, mantida a decisão, não há como deixar de estabelecer o contraditório com a parte contrária, não obstante entendimento diverso da 4ª Turma do STJ nos EDcl no AgRg no Ag 1.322.327/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 10.5.2011, DJe 23.5.2011. Recorrente e recorrido devem ser intimados do julgamento colegiado do agravo interno com observância do art. 552, § 1º (v. n. 5 do Capítulo 5); se for o caso, deverá ser franqueada a sustentação oral, nos termos dos arts. 554 e 565 (v. n. 6.3 do Capítulo 5), e assim por diante.

Tais exigências procedimentais só podem ser afastadas quando o agravo interno limitar-se ao destrancamento do recurso obstaculizado pela decisão monocrática e desde que o órgão competente para seu julgamento apenas dê provimento ao recurso para esta específica finalidade. Em tais casos, o

“devido processo legal” no plano dos recursos será observado quando do julgamento colegiado do recurso impropriamente estancado.

## 5.2. Recursos cabíveis

Do acórdão que julga o agravo interno caberá, conforme se façam presentes os seus respectivos pressupostos, embargos declaratórios, recurso especial e recurso extraordinário.

No que diz respeito aos recursos especial e extraordinário, cabe mencionar que a Corte Especial do STJ decidiu, em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.198.108/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 17.10.2012, DJe 21.11.2012), ser incabível a multa prevista no § 2º do art. 557 quando o agravo justifica-se no intuito de colegiamento da decisão monocrática e, pois, de exaurimento da instância local para fins de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial.

Se o julgamento do agravo interno por Tribunal Regional Federal ou por Tribunal de Justiça acarretar reforma da sentença de mérito, irrepreensível a conclusão de que também caberão os embargos infringentes, por força da atual redação do art. 530, que se refere a “grau de apelação”, nos termos em que discute o n. 2.1 do Capítulo 9.

O acórdão do agravo interno pode ser utilizado como paradigma dos “embargos de divergência” perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, em se tratando de julgamento de mérito, é contra o acórdão que julga o agravo interno que caberá oportuna “ação rescisória”, na dicção do art. 485.

## 5.3. O chamado “agravo regimental”

O “agravo interno” estudado pelo número anterior não pode ser confundido com outro o chamado “agravo *regimental*”, expressão de uso extremamente comum na doutrina, na jurisprudência e, ainda mais, na prática judiciária, que o conhece, até mesmo, com o nome “agravinho”.

Os “agravos regimentais” têm, como os “agravos internos”, a finalidade de viabilizar o contraste de decisão monocrática proferida no âmbito dos Tribunais perante o órgão colegiado competente.

Não obstante ser bastante comum a previsão de tais agravos nos regimentos internos de diversos Tribunais – e é por isto que eles são adjetivados de “regimentais” –, ela violenta escancaradamente a Constituição Federal. Só lei – e *lei federal* – pode criar regras de *processo* (art. 22, I, da Constituição Federal). E mesmo que se quisesse supor que regras recursais pudessem ser encartadas no conceito de regras *procedimentais*, a regulamentação da hipótese reclamaria *lei estadual* (art. 24, XI, da Constituição Federal), que não se confunde com regimentos internos dos Tribunais, normas infralegais, que, nesta perspectiva, não podem colmatar eventuais lacunas do sistema processual civil.

Os chamados “agravos *regimentais*” foram total e completamente suplantados pelos “agravos *internos*”. O contraste das decisões proferidas monocraticamente no âmbito dos Tribunais deve dar-se pelo *recurso* de agravo *interno* e não pelo agravo que, porventura, seja previsto em um ou em outro regimento interno dos Tribunais. É esta a razão pela qual este *Curso* recusa àquelas medidas a classificação de “sucedâneos recursais”, analisados pela Parte III (v. n. 2 da Introdução).

A prática deve ser descartada até mesmo porque pressuporia a previsão de uma tal modalidade de agravo em cada um dos Regimentos Internos de todos os Tribunais brasileiros, em nome do princípio da isonomia, o que não condiz com a realidade. A solução agride, destarte, o modelo constitucional do processo e, por isto, deve ser afastada.

O que se mostra pertinente de ser destacado com relação aos tão costumeiros quanto frequentes “agravos *regimentais*”, contudo, é que a *tolerância* generalizada com a sua previsão e, em boa parte dos casos, com a utilização efetiva e concreta dessas medidas é representativa do o que este *Curso* relaciona com o “princípio do duplo grau de jurisdição” e, mais especificamente, com da “colegialidade nos Tribunais” (v. ns. 2 e 2.1 do Capítulo 2). Aqueles que militam no foro civil habituaram-se com a recorribilidade plena das interlocutórias inclusive no âmbito dos Tribunais. Enquanto for este o *valor* predominante – e, para demonstrar o acerto da afirmação, basta analisar uns bons pares de Regimentos Internos dos nossos Tribunais estaduais e federais, além do art. 317 do RISTF e do art. 258 do RISTJ, para verificar que eles continuam a prever agravos *regimentais* para as mais diversas decisões monocráticas, além do acórdão proferido no

Mandado de Segurança n. 1.508/2006 pelo Órgão Especial do TJRJ, forte na aplicação do art. 226 de seu Regimento Interno, noticiado pelo n. 3.5, *supra* –, a lei não pode *impor*, pura e simplesmente, uma solução diversa, como acabou por fazer o parágrafo único do art. 527, na redação que lhe deu a Lei n. 11.187/2005. Sobre o assunto importa ler também o julgamento do RMS 26.828/RJ da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, já mencionado pelo n. 3.5, *supra*, que não admitiu mandado de segurança contra ato praticado por relator de agravo de instrumento com base no parágrafo único do art. 527 em função da previsão *regimental* de agravo para a hipótese.

A observação do parágrafo anterior mostra-se tanto mais importante quando confrontada com antiga e importante decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal reputando *inconstitucional* o § 2º do art. 364 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que vedava a recorribilidade de decisão monocrática proferida em mandados de segurança, cuja leitura mostra-se extremamente proveitosa. Trata-se da Representação n. 1.299/GO, rel. Min. Célio Borja, julgada por unanimidade de votos em 21.8.1986 e publicada no DJ 14.11.1986, p. 22.148, cujo acórdão está veiculado na *RTJ* 119/980.

Em tempos mais recentes, o cancelamento da Súmula 506 do STF e da Súmula 217 do STJ, embora motivado por peculiaridades da legislação processual civil extravagante, é também prova contundente do acerto das observações feitas pelo parágrafo anterior e que ecoam ao longo do Capítulo. Seu exame detido ocupa o n. 13 do Capítulo 1 da Parte I do tomo III do vol. 2, a propósito do estudo do chamado “pedido de suspensão de segurança”.

# CAPÍTULO 8

## Embargos de declaração

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os embargos de declaração são o recurso cabível de qualquer decisão jurisdicional que se mostre obscura, contraditória ou que tiver omitido questão sobre a qual seu prolator deveria ter se pronunciado.

A restrição sugerida pela *letra* do inciso I do art. 535, segundo o qual a obscuridade ou a contradição devem residir em “sentença”, não é aceita em sede de doutrina e de jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que os declaratórios cabem de *qualquer* decisão jurisdicional. Assim, os embargos declaratórios cabem, com observação de seu regime jurídico, de sentenças, de decisões interlocutórias, de acórdãos e de decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais (assim, v.g.: STJ, 1ª Turma, REsp 1.074.334/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 19.3.2009, DJe 20.4.2009 e STJ, 1ª Turma, REsp 1.020.355/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 10.6.2008, DJe 19.6.2008, ambos fazendo expressa referência a antigo julgamento da Corte Especial daquele Tribunal, EREsp 159.317/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Sobre esta última hipótese, cabe destacar o correto entendimento da 1ª Turma do STJ (EDcl no AREsp 23.916/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 8.5.2012, DJe 14.5.2012) no sentido de que a pertinência dos declaratórios contra a decisão monocrática justifica-se até para preservar o cabimento de “agravo interno” para contrastar a decisão, devidamente esclarecida, perante o órgão colegiado competente.

Mesmo os *despachos*, a despeito do disposto no art. 504 (v. n. 5 do Capítulo 2), podem ser alvo de embargos de declaração considerando a sua finalidade, que é esclarecer ou suprir, complementando, integrando, verdadeiramente aperfeiçoando a manifestação judicial. Assim, ainda quando o ato judicial não tiver conteúdo decisório, nem por isto os declaratórios devem ser descartados porque o “prejuízo” que eles pretendem

remover deve ser entendido amplamente, com os olhos voltados ao “modelo constitucional do processo civil”.

Com efeito. É correto o entendimento que relaciona os embargos de declaração ao “princípio da motivação” (art. 93, IX, da Constituição Federal; v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) porque, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”, todos têm direito a que a prestação jurisdicional seja não só *completa* (art. 535, II) mas também *clara e inteligível* (art. 535, I), viabilizando, com isto, não só a apaziguação social desejada para a controvérsia levada à solução perante o Poder Judiciário mas também a possibilidade de as partes e eventuais terceiros saberem, de antemão, e com segurança, o alcance da decisão proferida em seu favor ou contra, até mesmo para verificar a existência de *interesse recursal* visando à sua reforma ou anulação.

Como as manifestações jurisdicionais podem também assumir as vezes de meros despachos, não há razão para negar que eles possam ser contrastados pelos declaratórios para que o seu prolator esclareça seu alcance ou complete seu conteúdo. A negativa em assim proceder constitui, inequivocamente, *decisão*, a ser contrastada pelo recurso dela cabível.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

As três hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, em consonância com o art. 535 – obscuridade, contradição e omissão –, merecem exame em separado.

A *obscuridade* relaciona-se com a falta de clareza ou de precisão da decisão jurisdicional. Trata-se de hipótese em que a forma como o prolator da decisão se exprime faz-se pouco clara comprometendo o seu entendimento e, conseqüentemente, o seu alcance.

A *contradição* é a presença de conclusões inconciliáveis entre si na decisão. É indiferente que a contradição se localize na parte decisória (o “dispositivo” da sentença) propriamente dita ou na *motivação* (v. n. 4.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I) ou que ela se apresente entre a *ementa* da decisão (v. n. 7 do Capítulo 5) e o *corpo* do acórdão (nesse sentido: STJ, 1ª Seção, EDcl no AgRg nos EREsp 769.419/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 11.2.2009, DJe 20.2.2009; STJ, 3ª Turma, REsp 849.500/CE, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 5.2.2009, DJe 12.2.2009; e STJ,

3ª Turma, AgRg no Ag 786.048/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 25.11.2008, DJe 19.12.2008). O que importa para fins de cabimento dos embargos de declaração é a concomitância de ideias inconciliáveis ter condições de influir na intelecção da decisão, comprometendo, conseqüentemente, a produção de seus regulares efeitos e seu alcance.

A *omissão* relaciona-se à falta de manifestação sobre ponto controvertido, isto é, sobre *questão* relevante para o julgamento, pouco importando, no particular, que esta questão dependa de manifestação da parte para ser conhecida ou se pode ser apreciada de ofício.

A obscuridade e a contradição, diferentemente do que se dá com a omissão, denotam, inequivocamente, juízo *subjetivo* do prolator da sua decisão. Não há como negar que o uso do vernáculo (art. 156; v. n. 4.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) pode, muitas vezes, ensejar a sensação de obscuridade ou de contradição para o leitor da decisão e não para aquele que a proferiu. É esta a razão pela qual alguns autores sustentam que, para o julgamento dos declaratórios, aplica-se o “princípio da identidade física do juiz” (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), reservando ao *mesmo* magistrado prolator da decisão a competência para julgamento do recurso. A solução deve ser prestigiada considerando a própria razão de ser dos declaratórios e, em especial, os motivos que levam, nestas hipóteses, à sua interposição, que, em última análise, não buscam um *redecidir* mas, apenas, um “reexprimir”. A incidência do princípio, contudo, deve dar-se com observância do disposto no próprio *caput* do art. 132, que acaba por quebrar o vínculo do magistrado com o processo com vistas a imprimir a este maior celeridade e, em certos casos (por exemplo, na aposentadoria ou no afastamento), possibilidade de seu prosseguimento.

Decorre da (necessária) visão constitucional do direito processual civil, acentuada pelo n. 1, *supra*, a discordância deste *Curso* com as comuníssimas decisões que rejeitam os embargos de declaração fundamentados na ocorrência de omissão afirmando, com variadas fórmulas, que o magistrado não é obrigado a responder uma a uma as questões levantadas pelas partes ou que basta, ao magistrado, um argumento para embasar a sua decisão, sendo desnecessário o exame dos demais.

Sem prejuízo das considerações que, a este respeito, faz o n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, importa destacar que em quaisquer destes

casos a *omissão* do julgado é patente, desafiando, por isto mesmo, a interposição dos embargos de declaração com fundamento no art. 535, II. Somente com a resposta jurisdicional *completa* é que se terá condições de saber por que o fundamento que uma das partes ou terceiro reputa essencial não o é e em que medida o fundamento ou os fundamentos empregados pela decisão são realmente suficientes para embasá-la. A necessidade de *motivação* das decisões jurisdicionais não pode ser pensada de forma diversa, com o devido respeito dos que entendem diferentemente.

### 3. PROCEDIMENTO

Os embargos de declaração, em consonância com o art. 536, são apresentados no prazo de *cinco* dias ao prolator da decisão embargada em petição que indique a *obscuridade* a ser esclarecida, a *contradição* a ser eliminada ou, ainda, a *omissão* a ser suprida.

De acordo com o art. 538, *caput*, os embargos de declaração *interrompem* o prazo para interposição de outros recursos por quaisquer das partes e, malgrado o *texto* da regra, também para terceiros. A *interrupção* do prazo, comumente designada por boa parte da doutrina como “efeito *interruptivo*” dos embargos de declaração, deve ser compreendida como a devolução integral do prazo para apresentar o recurso cabível da decisão embargada após a intimação do julgamento dos declaratórios. Assim, se o réu apresentar embargos de declaração da sentença que acolheu parcialmente o pedido do autor, o prazo (integral) para apresentação da apelação por ambas as partes (a hipótese é de “sucumbência recíproca”; v. n. 4.4 do Capítulo 1), começa a fluir a partir da intimação da decisão que julgar os embargos de declaração. Não subsiste, para o Código de Processo Civil, desde a Lei n. 8.950/1994, que deu nova redação ao dispositivo ora examinado e expressamente revogou o parágrafo único do art. 465, o sistema da *suspensão* do prazo para os demais recursos quando da apresentação dos declaratórios, que subsiste apenas para os Juizados Especiais Cíveis (art. 50 da Lei n. 9.099/1995 e art. 1º da Lei n. 10.259/2001), assunto ao qual se volta o n. 11.2 do Capítulo 1 da Parte III do tomo II do vol. 2.

A interrupção do prazo recursal deve justificar-se independentemente de os embargos de declaração serem ou não *conhecidos*, isto é, independentemente de seu juízo de admissibilidade ser *positivo* ou *negativo*,

mesmo quando intempestivos. Como acentuado pelo n. 1 do Capítulo 3, o juízo de admissibilidade recursal, não obstante ter natureza declaratória, não produz, no plano do processo, efeitos *retroativos*.

É importante, ademais, distinguir, com nitidez, o “juízo de *admissibilidade*” do “juízo de *mérito*” dos embargos de declaração, destacando tratar-se de recurso de “fundamentação *vinculada*”. Trazendo à tona as considerações expostas pelo n. 4.2 do Capítulo 1, para a superação do juízo de *admissibilidade* dos declaratórios no que diz respeito à ocorrência, ou não, dos pressupostos indicados nos incisos I e II do art. 535, basta a *afirmação* do recorrente (embargante) de que, na decisão questionada, há contradição, obscuridade ou omissão. Entender que a decisão não padece de quaisquer daqueles vícios é proferir juízo de mérito desfavorável ao embargante, é *negar provimento* ao recurso.

São bastante comuns na prática forense, contudo, decisões que, à míngua dos pressupostos autorizadores dos embargos de declaração, não os conhecem e, conseqüentemente, entendem *intempestivos* novos recursos apresentados contra a mesma decisão por entender que, não conhecidos, os embargos não tiveram aptidão de *interromper* o prazo recursal nos moldes do *caput* do art. 538. O entendimento, com as devidas vênias, não pode prevalecer a qualquer título. O juízo de *admissibilidade* dos embargos no particular supera-se, tão somente, com a *afirmação* de que há, na decisão recorrida, os vícios previstos nos incisos I e II do art. 535. A efetiva existência de obscuridade, contradição ou omissão é, vale a ênfase, juízo de *mérito*, relativo ao *juízo* dos embargos de declaração para acolhê-los ou para rejeitá-los.

Mesmo quando a hipótese for de uso dos declaratórios com ânimo procrastinador, a solução deve ser a mesma. Para sancionar o litigante, ímprobo, que pretende beneficiar-se da interrupção dos prazos para a apresentação de outros recursos, é suficiente a pena prevista no parágrafo único do art. 538, estudada pelo n. 5, *infra*, orientação que já prevaleceu na 3ª Turma do STJ no REsp 1.171.682/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 6.9.2011, DJe 7.10.2011. O mesmo deve ser dito, a despeito do entendimento em sentido contrário do STJ (assim, v.g.: 2ª Turma, REsp 1.108.139/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 2.4.2009, DJe 29.4.2009; e 2ª Turma, AgRG no REsp 787.852/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 4.5.2006,

DJ 18.5.2006, p. 207), para as hipóteses em que os embargos declaratórios são apresentados fora do prazo.

Entendimento diverso, como acentuado pelo n. 1 do Capítulo 3, teria aptidão de comprometer o princípio maior da segurança jurídica. É supor, uma vez mais, para fins de ilustração, hipótese de “sucumbência recíproca”, em que o não conhecimento dos declaratórios pela não superação do juízo de admissibilidade acarretaria inegável prejuízo inclusive para a parte ou para o terceiro que entendeu não ser o caso de apresentá-los mas que, diante da regra do *caput* do art. 538, deixou de interpor o recurso cabível da decisão embargada. Para evitar a perda do prazo recursal para quem não embargou, é preferível o entendimento de que o juízo de admissibilidade, mesmo que negativo, não tenha, processualmente, efeitos *retroativos*. A interrupção do prazo, assim, dá-se diante do fato *objetivo* da interposição dos embargos declaratórios, sendo indiferente o resultado de seu juízo de admissibilidade, se positivo ou negativo. E vale repetir: para o litigante que age em detrimento do “princípio da lealdade processual” (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), a consequência *processual* é a aplicação da multa disciplinada pelo parágrafo único do art. 538, com as observações do n. 5, *infra*, sem prejuízo de serem antecipados os efeitos da tutela jurisdicional com base no art. 273, II, como expõe o n. 1 do Capítulo 3.

Os embargos de declaração estão isentos de preparo, no que é expressa a parte final do art. 536. Não pode, assim, lei *estadual* pretender taxar esta modalidade recursal no âmbito da Justiça Estadual. Enquanto mantida a regra codificada, outrossim, a imposição de custas para os declaratórios na Justiça Federal dependeria de previsão legislativa específica, inexistente na Lei n. 9.289/1996, que se ocupa do assunto.

Os arts. 535 a 538 silenciam acerca do contraditório nos embargos de declaração, o que rende ensejo ao entendimento de que não há, neste recurso, oportunidade para que a parte contrária apresente as suas contrarrazões.

A omissão da lei, todavia, deve ser compreendida no contexto do “modelo constitucional do processo civil”, e o estabelecimento do contraditório é providência irrecusável, ainda mais naqueles casos em que o magistrado constata que o acolhimento dos declaratórios tem aptidão, pelo menos em tese, de alterar o conteúdo da decisão embargada (v. n. 4.1, *infra*). Assim, em nome do “princípio do contraditório” (v. n. 5 do Capítulo 1 da

Parte II do vol. 1), a parte contrária àquela que apresentou os embargos de declaração deve ser ouvida a seu respeito e, para tanto, terá o prazo de *cinco* dias, em homenagem ao “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) para que, então, realizado o contraditório, sejam julgados os declaratórios sob pena de nulidade (expressos nesse sentido: STJ, CE, EDcl nos EDcl na AR 1.228/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j.un. 1.8.2008, DJe 2.10.2008; e 3ª Seção, EDcl no MS 10.837/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 27.8.2008, DJe 17.9.2008). Aplica-se, à hipótese, a mesma diretriz que, no plano infraconstitucional, o art. 523, § 2º, reserva para o agravo retido (v. n. 2 do Capítulo 7).

É desimportante para rejeitar este entendimento salientar que já houve exercício do contraditório *antes* do proferimento da decisão e, conseqüentemente, antes da interposição dos declaratórios. O contraditório deve ser contemporâneo à prática dos atos processuais, o que significa, para a hipótese aqui destacada, que ele deve realizar-se em função dos embargos de declaração, tais quais apresentados, à luz de suas específicas razões, viabilizando que a decisão que o julgue pressuponha a oitiva da parte contrária, amoldando-se, conseqüentemente, ao “modelo constitucional do processo civil”. Até porque, fosse suficiente o contraditório exercido *antes* do proferimento da decisão, seria desnecessária a apresentação de contrarrazões a quaisquer recursos.

## 4. EFEITOS

O Código de Processo Civil também é silente a respeito dos efeitos com os quais devem ser recebidos os embargos de declaração.

Dos diversos efeitos estudados pelo Capítulo 4, os que merecem referência nesta sede são o “efeito *devolutivo*”, o efeito *translativo*” e o “efeito *suspensivo*”. O número seguinte ocupa-se com o que, comumente, é chamado de “efeito *modificativo*”, mas que é mais bem compreendido como “efeito *expansivo*”.

O “efeito *devolutivo*” (v. n. 6 do Capítulo 4) dos embargos de declaração não enseja maiores dificuldades de interpretação. O próprio art. 536 insinua haver vinculação entre o “ponto obscuro, contraditório ou omissivo” e o que será decidido no julgamento do recurso a partir do pedido recursal formulado pelo embargante.

É irrecusável, de outra parte, que o “efeito *translativo*” (v. n. 7 do Capítulo 4) tenha, nos embargos de declaração, ampla aplicabilidade. Assim, qualquer questão de ordem pública pode e deve ser levantada ao ensejo da apresentação dos declaratórios, já que traduz-se em *omissão* a falta de seu exame pelo órgão julgador.

O mesmo seja dito com relação ao art. 515, § 4º. O dispositivo tem ampla aplicação aos declaratórios uma vez que consiste inegável *omissão* do órgão julgador sanear o processo de todos e quaisquer vícios que possam comprometer a sua regularidade, com as ressalvas feitas pelo n. 6, *infra*.

Também é correto o entendimento de que, ao ensejo do julgamento dos embargos declaratórios, é dado ao magistrado pronunciar-se sobre questões de ordem pública, mesmo quando não seja este o fundamento do recurso. Aplica-se, a eles, o disposto no § 3º do art. 267, excepcionados deste entendimento, no entanto, os “recursos *extraordinários*”, pelas razões expostas pelo n. 8.1 do Capítulo 11.

Para evitar eventuais “surpresas” às partes e eventuais terceiros, é o caso de o magistrado determinar a prévia oitiva dos interessados para, após a realização de amplo contraditório, decidir sobre a questão até então inédita (v. n. 3, *supra*).

Bom exemplo das hipóteses aventadas pelos parágrafos anteriores dá-se nos casos de “erro *material*”, isto é, as situações em que a decisão não se harmoniza, objetivamente, com o entendimento que se pretendia exprimir ou que não condiz com os elementos constantes dos autos. O magistrado pode corrigi-los de ofício, a despeito, mesmo, de a sentença ter sido publicada (art. 463, I; v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I), e não existe nenhuma vedação para que ele o faça quando provocado pela parte, como reconhece expressamente o mesmo dispositivo legal. Para tanto, não há qualquer óbice para que o interessado se valha dos declaratórios, conjugando o disposto no art. 463, I, com uma das hipóteses de cabimento autorizadas pelo art. 535 (v. n. 8.4 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Como sempre, em se tratando de direito processual civil, a *forma* não pode prejudicar a finalidade do ato processual (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Questão mais tormentosa diz respeito a terem, os embargos de declaração, “efeito *suspensivo*”. Boa parte da doutrina reconhece que sim

em face do silêncio das regras específicas sobre este recurso, o que daria ensejo à aplicação do que, para muitos, é a regra geral do assunto (v. n. 3 do Capítulo 4). A melhor interpretação, contudo, sustentada por Flávio Cheim Jorge (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 263-264) e por Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 83-94), é a de que os embargos de declaração só terão efeito suspensivo se o recurso cabível da decisão *depois* de seu julgamento também o tiver. O efeito suspensivo dos declaratórios, destarte, depende da previsão que a *lei* reserva para o recurso seguinte, não para o que foi interposto e, julgado, motivou a sua apresentação.

Assim, nos casos dos incisos do art. 520, em que a apelação *não tem* efeito suspensivo, os embargos opostos à sentença respectiva também não terão. O mesmo deve ser reservado para os acórdãos, já que, conforme os arts. 497 e 542, § 2º, os recursos especiais e/ou extraordinários não têm efeito suspensivo.

Consequência deste entendimento é que a exequibilidade imediata da decisão sujeita aos embargos de declaração, isto é, a possibilidade de a decisão surtir efeitos imediatos independentemente do transcurso do prazo recursal, depende não propriamente dos próprios embargos (de sua interposição ou de seu julgamento), mas, diferentemente, da existência, ou não, de efeito suspensivo ao recurso que cabe da decisão embargada após o julgamento dos declaratórios.

## 4.1. Efeitos modificativos

É bastante comum salientar, mormente na prática forense de primeira e segunda instâncias, que os embargos de declaração não têm “efeitos modificativos” ou, o que é mais usual, “efeitos *infringentes*”, ambas as expressões querendo significar que os embargos não podem alterar a decisão embargada, reformando-a.

O entendimento não deve prevalecer porque arredo ao sistema processual civil.

O art. 463, II, é expreso na admissão de que o juízo prolator da sentença pode modificá-la a propósito do julgamento dos embargos de declaração.

O que ocorre nos embargos declaratórios é que a *causa* de sua interposição – esclarecer obscuridades, eliminar contradições ou suprir

omissões – pode resultar no reconhecimento de que a decisão, superada a obscuridade, a contradição ou a omissão, é incompatível com a anterior. Nesta medida, a *consequência* inarredável do provimento do recurso é a *substituição*, e não a mera *complementação* da decisão anteriormente proferida; prevalecendo a dos declaratórios, aplica-se, integralmente, o disposto no art. 512 (v. n. 9 do Capítulo 4). Trata-se de um caso que pode muito bem ser explicado à luz do que o n. 8 do Capítulo 4 chama de “efeito *expansivo*”.

É errado, contudo, que os embargos de declaração sejam interpostos para rever, pura e simplesmente, decisões jurisdicionais. A *causa* dos declaratórios nunca é o reexame da decisão, embora ele possa ocorrer como *consequência* de seu provimento, quando há situação de incompatibilidade entre o seu acolhimento e a decisão embargada (nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 970.190/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 20.5.2008, DJe 15.8.2008). O “pedido principal” dos declaratórios é, por definição, o de ser saneada a obscuridade, a contradição ou suprida a omissão. O eventual rejuízo, com a modificação da decisão embargada, é, apenas e tão somente, circunstancial, um verdadeiro “pedido *sucessivo*”, no sentido de que ele só pode ser apreciado se o “pedido *principal*” for acolhido; nunca o inverso (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I). Nos casos em que o embargante pretende o reexame da decisão, e não nos que há afirmação de obscuridade, contradição ou omissão, é que os declaratórios devem ser rejeitados de plano, isto é, não conhecidos, à falta de seus pressupostos autorizadores. Somente em tal situação é que os embargos estariam a pretender fazer as vezes de outros recursos, o que não pode ser tolerado à luz do “princípio da unirecorribilidade” (v. n. 4 do Capítulo 2).

Quando o julgamento dos declaratórios acarretar modificação da decisão embargada, pode ocorrer, não obstante a *interrupção* do prazo recursal a que se refere o *caput* do art. 538, que a parte contrária já tenha apresentado o seu recurso. Em tais casos, é forçoso reconhecer-lhe o direito de *complementar* o seu recurso, aplicando-se o “princípio da complementariedade” (v. n. 11 do Capítulo 2).

Aceito, como deve ser, o entendimento de que os embargos de declaração podem ter efeitos modificativos, cabe ao magistrado determinar a oitiva do embargado antes do julgamento, como já exposto pelo n. 3, *supra*. Sem

prejuízo dos precedentes lá indicados, há interessante acórdão da 1ª Seção do STJ que entendeu pela nulidade do julgamento de embargos declaratórios que resultara na modificação do acórdão embargado ao arrepio do prévio contraditório. Trata-se da AR 2.702/MG, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 14.9.2011, DJe 23.2.2012.

## 5. JULGAMENTO

O prolator da decisão embargada é o competente para julgar os declaratórios, observando-se o “princípio da identidade física do juiz” ao menos nos casos em que os declaratórios são fundados em obscuridade e contradição (v. n. 2, *supra*).

Superado o juízo de admissibilidade, inclusive no que diz respeito ao estabelecimento do *prévio* contraditório (v. n. 3, *supra*), os embargos serão, no que diz respeito ao juízo de mérito, providos ou rejeitados, consoante o caso. É consequência irrecusável ao provimento dos declaratórios a modificação da decisão anterior na exata medida em que se mostre incompatível sua subsistência com a que resulta dos embargos (v. n. 4.1, *supra*).

Nada há que impeça que os embargos declaratórios tenham, no âmbito dos Tribunais, seguimento negado *monocraticamente* nas hipóteses do art. 557, como decidiu, em sede de Recurso Especial Repetitivo, a Corte Especial do STJ no REsp 1.049.974/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.6.2010, DJe 3.8.2010. O que não pode ocorrer – como, expressamente, reconhece o julgado – é a aplicação do disposto no § 1º-A do referido dispositivo codificado para permitir que o relator, monocraticamente, dê provimento aos declaratórios apresentados de acórdão. A competência, para tanto, é do colegiado.

Nos casos em que os embargos são rejeitados e declarados manifestamente protelatórios, o magistrado condenará o embargante a pagar, em benefício do embargado, multa não superior a 1% do valor da causa, quantia que, não obstante o silêncio do parágrafo único do art. 538, deverá ser corrigida monetariamente, a exemplo do que determina o § 2º do art. 557 (v. n. 5.1 do Capítulo 7). Se houver reiteração dos embargos já declarados protelatórios, ainda é o parágrafo único do art. 538 que prevê a hipótese, o magistrado elevará a multa até 10% do valor da causa corrigido, ficando

condicionada a interposição de outros recursos ao depósito do valor da multa.

A previsão impõe exame mais detido.

É irrecusável a pertinência da apresentação de embargos declaratórios sucessivos quando os vícios que o fundamentam mostrem-se na respectiva decisão embargada. É supor, por exemplo, que a decisão embargada pode ter deixado de analisar algum pedido formulado nos primeiros embargos declaratórios. O que é inadmissível é que os novos embargos de declaração busquem confrontar obscuridade, contradição ou omissão que já residiam na decisão anteriormente embargada, porque a superação de tais vícios já estará atingida pela preclusão.

Não obstante, o que o parágrafo único do art. 538 sanciona na sua parte final é a reapresentação, ainda que sob roupagem diversa, dos declaratórios já considerados protelatórios, e não de novos declaratórios, ainda que incabíveis e, até mesmo, protelatórios. Se o forem, pode o magistrado, reconhecendo a circunstância, apenar o embargante em mais 1% do valor da causa corrigido, mas não aplicar, porque de *outros* embargos se trata, a parte final do dispositivo.

Ademais, a vinculação da interposição de novos recursos ao depósito prévio da multa fixada em até 10% do valor da causa, monetariamente corrigido, é flagrantemente inconstitucional. Embora sustentado no âmbito do “processo *administrativo*”, é o entendimento que, mais recentemente, mostrou-se vencedor no Supremo Tribunal Federal e também no Superior Tribunal de Justiça, que editaram, a respeito, a Súmula Vinculante 21 e a Súmula 373, respectivamente, orientações que devem ser prestigiadas também para o “processo *jurisdicional*”, prova bastante repousando na Súmula Vinculante 28 do STF. A Súmula 98 do STJ revela diretriz que deve ser aplicada para a hipótese aqui examinada, ao afastar a multa do parágrafo único do art. 538 dos embargos de declaração que buscam “prequestionar” a matéria e, com isto, viabilizar o conhecimento do recurso especial e do recurso extraordinário (v. n. 2.1 do Capítulo 11). Não há como a lei negar ou, quando menos, pretender obstaculizar, o exercício de um direito que é assegurado pelo “modelo constitucional do direito processual civil”.

Superada a questão aventada pelo parágrafo anterior, contudo, a cobrança da multa pelo seu beneficiário pode-se dar nos mesmos autos, consoante

autoriza o art. 739-B (v. n. 3.8.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3), que pode ter início com a preclusão da decisão que a fixa.

A multa prevista no parágrafo único do art. 538, por ser especial, não pode ser cumulada com outras multas que busquem sancionar o litigante ímprobo, assim as do art. 17, VII, ou as do parágrafo único do art. 14. Isto não quer dizer, entretanto, que por *outros* maus comportamentos processuais não possa, o embargante, vir a ser apenado também com base naqueles ou em outros dispositivos do Código de Processo Civil que concretizam o “princípio da lealdade” (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Por fim, mas não menos importante, deve ser rejeitada a interpretação que, por vezes, pretende-se dar ao art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997 e ao art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, ambos introduzidos pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, típicas regras de “direito processual público” (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), no sentido de dispensar as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais “de depósito prévio, para interposição de recurso”, querendo, com a iniciativa, afastar, para aquelas entidades – e só para elas –, o parágrafo único do art. 538. Mesmo que fosse constitucional a vinculação criada por aquele dispositivo no caso de reiteração dos embargos já reconhecidamente protelatórios, a dispensa do depósito prévio somente para pessoas de direito público agrediria o “modelo constitucional do processo civil”, em especial o “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

## **6. INCIDÊNCIA DO ART. 515, § 4º**

Não há como recusar a aplicação do § 4º do art. 515 aos embargos de declaração. Importa destacar, contudo, que a *omissão* que fundamenta aquele recurso (e é por isto que o recurso é de “fundamentação *vinculada*”) tem de referir-se à ocorrência de alguma nulidade sanável não levada em conta por ocasião do proferimento da decisão.

A eventual conversão do julgamento dos embargos em diligência, isto é, a determinação de atos a cargo das partes (ou eventuais terceiros) para que saneiem o vício processual tal qual reconhecido, ou o proferimento de uma decisão substancialmente diversa daquela que motivou a interposição dos embargos de declaração, é *consequência* inarredável do recebimento e provimento dos declaratórios também nesse caso. Os efeitos modificativos

do julgado que se podem ver na hipótese são *consequência natural* do acolhimento do recurso, não a *causa* de sua interposição (v. n. 4.1, *supra*).

Nos casos de “recursos *extraordinários*”, porém, o entendimento dos parágrafos anteriores merece ser ressaltado. Neles, não há como, por intermédio dos declaratórios, buscar o saneamento de qualquer nulidade processual que extrapole os limites da “causa decidida” que delimita, com rigor, o âmbito da atividade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quando do exercício da competência que lhes é reconhecida pelos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. Diversamente se dá, no entanto, no que diz respeito aos aspectos relativos à própria atuação daqueles Tribunais em prol do julgamento do recurso extraordinário, do recurso especial e, por identidade de motivos, dos embargos de divergência. Ao assunto, volta-se o n. 6 do Capítulo 11.

# CAPÍTULO 9

## Embargos infringentes

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os embargos infringentes são recurso que, na evolução do direito processual civil brasileiro, tiveram suas hipóteses de cabimento, gradativamente, reduzidas.

Na atualidade, por força da Lei n. 10.352/2001, eles só cabem de acórdão *não unânime* que houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito ou de acórdão *não unânime* que houver julgado procedente ação rescisória (art. 530).

Trata-se, a olhos vistos, de recurso que viabiliza ao prejudicado pelas decisões mencionadas pelo parágrafo anterior o prevalecimento do voto vencido sobre os demais, e, por isto, esta modalidade recursal é bastante criticada pela doutrina. A ausência de estatísticas que revelem o índice de provimento ou de improvimento dos embargos infringentes aliada à expressa previsão legislativa impõem o adequado exame do recurso.

O recurso com o qual se ocupa este Capítulo não pode ser confundido com outro que, a despeito da identidade de nomes, tem natureza jurídica completamente diversa, fazendo as vezes de verdadeira apelação julgada pelo próprio prolator da decisão recorrida. A referência é feita à Lei n. 6.830/1980, que disciplina a chamada “execução fiscal”, cujo art. 34 prevê o recurso de “embargos infringentes” a ser interposto de *sentenças* proferidas em execuções de valor igual ou inferior a cinquenta Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, indexador monetário já extinto, as quais equivalem a 308,50 UFIR (R\$ 597,62 em setembro de 2009) consoante se lê no AgRg no Ag 952.119/PR, julgado pela 2ª Turma do STJ, rel. Min. Eliana Calmon j.un. 19.2.2008, DJe 28.2.2008.

Os “embargos infringentes” como recurso cabível de sentenças proferidas por juízes federais em causas com valor igual ou inferior a cinquenta

Obrigações *Reajustáveis* do Tesouro Nacional (indexador monetário anterior à OTN) eram previstos pelo art. 4º da Lei n. 6.825/1980, que estabelecia “normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de primeira instância”. Referido diploma legislativo, contudo, foi expressamente revogado pelo art. 7º da Lei n. 8.197/1991, razão pela qual voltou a ser aplicável àquelas hipóteses o recurso de apelação e seu específico regime jurídico, tal qual disciplinado pelo Código de Processo Civil (v. n. 1 do Capítulo 6). Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, j.un. 16.10.1995, DJ 14.10.1996, p. 39040, e STJ, 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j.un. 9.11.1994, DJ 28.11.1994, p. 32572.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O art. 530, ao cuidar das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, acabou por prever duas situações totalmente distintas. Uma diz respeito aos infringentes a partir do julgamento que se dá em “grau de apelação”. Outra relaciona-se ao acórdão proferido no âmbito das “ações rescisórias”.

Para ambas, contudo, importa destacar que o que justifica a apresentação do recurso é a *conclusão* divergente do acórdão embargado, e não a sua motivação (a sua fundamentação). Nas hipóteses em que a divergência for *parcial*, ao *capítulo* respectivo ficam restritos os embargos infringentes, no que é expressa a segunda oração do art. 530.

Feitas estas considerações, os números abaixo examinam cada uma das situações previstas no art. 530 separadamente.

### 2.1. Embargos infringentes em “grau de apelação”

O acórdão *não unânime* que *reforma a sentença de mérito* em *grau de apelação*, referida pelo art. 530, deve ser entendido como a manifestação colegiada (art. 163) dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais que identifica *error in iudicando* (v. n. 3 do Capítulo 3) em sentença que tenha como referencial o art. 269, dando provimento, destarte, a recurso de apelação dela interposto ou, se for o caso, a reexame

necessário, cabível por força do art. 475 e, até mesmo, no julgamento de agravo retido.

Tem-se enfatizado a este respeito que a Lei n. 10.325/2001 acabou por impor um “retorno” ao sistema do CPC/39 (art. 833), em que os embargos infringentes (então denominados “embargos de nulidade ou infringentes do julgado”) só tinham cabimento quando houvesse maioria contrária à sentença (princípio da *dupla conformidade* ou da *dupla sucumbência*). Em termos bem diretos, os infringentes não cabem quando o acórdão, mesmo que por maioria, *confirma* o quanto decidido por anterior sentença de mérito. “Na atual sistemática do art. 530 do CPC, além da existência de julgado não unânime, faz-se indispensável, como condição de procedibilidade dos embargos infringentes, a ocorrência de dissonância entre o entendimento do juiz de primeiro grau e aquele manifestado pelo órgão colegiado no que tange ao mérito do processo” (STJ, 2ª Turma, REsp 929.524/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.6.2008, DJe 4.8.2008).

Assim, o cabimento dos embargos infringentes pressupõe *reforma* (e não mera anulação) de sentença *definitiva* (e não meramente terminativa) em *grau* de apelação, e não, propriamente, no julgamento da apelação. É esta a razão pela qual, para os infringentes, é indiferente que a divergência reformadora de sentença de mérito se dê, propriamente, no julgamento da apelação ou, preliminarmente a ela, no julgamento do agravo retido (art. 559; v. n. 6 do Capítulo 6) ou, ainda, no reexame necessário (v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte III, embora o STJ tenha orientação em sentido contrário, estampada na sua Súmula 390). Vale salientar que, nesta última hipótese, é indiferente, até mesmo, que a sentença tenha sido questionada por apelação, dada a função que, no sistema processual civil – não sem críticas, contudo –, desempenha aquele expediente (v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte III).

Sobre o tema, impende o destaque da Súmula 255 do STJ, segundo a qual “Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”. A redação atual do art. 530, posto ser *posterior* àquela Súmula, não interfere na sua interpretação e aplicação justamente por causa da ressalva do dispositivo – que a reforma da sentença de mérito se dê em *grau* de apelação, instante procedimental apropriado para que o agravo retido seja julgado. O que é certo é que, à luz da precitada Súmula e, superiormente, em função do disposto no art. 530,

não subsiste a Súmula 211 do STF, segundo a qual “Contra a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo [leia-se, para o CPC/73, “agravo retido”], por ocasião do julgamento da apelação, não se admitem embargos infringentes ou de nulidade”.

Ainda por força do que dispõe o art. 530, os embargos infringentes não podem ser recusados quando o acórdão não unânime deriva do julgamento (colegiado) de agravo interno interposto de decisão monocrática que aplicara o art. 557, *caput*, ou o § 1º-A.

O mesmo se diga quando a divergência se verificar no julgamento de embargos de declaração interpostos do acórdão que julga a apelação, mais ainda quando ela residir em eventuais “efeitos modificativos” do julgado (v. n. 4.1 do Capítulo 8).

Por exigir reforma de sentença de *mérito*, contudo, não são cabíveis os infringentes para contraste de acórdão que, a despeito de não ser unânime e reformar sentença proferida pela primeira instância, disser respeito a sentença que tenha como referencial o art. 267, isto é, sentença *terminativa*. Expresso nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 884.730/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 13.5.2008, DJe 3.9.2008.

Diferentemente, contudo, deve-se entender quando, além da reforma da sentença, passa-se ao julgamento da causa por força do disposto no § 3º do art. 515 (v. n. 8.1 do Capítulo 4), não obstante a *letra* do art. 530. Embora seja pressuposto de incidência daquele dispositivo o proferimento de sentença *terminativa* – o que afastaria o art. 530 –, a melhor interpretação é a que admite os infringentes para viabilizar uma mais ampla discussão da causa, já que, pela primeira vez, o mérito foi analisado e decidido e, tratando-se de acórdão de mérito, inviável a sua renovada discussão em juízo sem ofensa à coisa julgada (art. 268). Trata-se de interpretação que já recebeu o apoio da 3ª Turma do STJ (REsp 832.370/MG, j.un. 2.8.2007, DJ 13.8.2007, p. 366) em extenso e muito bem fundamentado acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que deve ser prestigiado porque afinadíssimo ao “modelo constitucional do processo civil”.

Não cabem embargos infringentes de acórdão que, por maioria de votos, extingue o processo sem resolução de mérito, ainda que a sentença tenha sido de mérito, porque a hipótese não é de *reforma*, mas de *anulação* ou *cassação* da sentença, a afastar, conseqüentemente, a incidência do art. 530.

Neste sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.035. 810/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.4.2009, DJe 7.5.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 914.896/MG, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 26.6.2007, DJ 18.2.2008, p. 1; STJ, 4ª Turma, REsp 860.052/SC, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 3.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 330; e STJ, 3ª Turma, REsp 627.927/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 3.6.2004, DJ 21.6.2004, p. 223.

Ainda que a falta de unanimidade resida fora do âmbito da discussão principal, assim, por exemplo, no que diz respeito à fixação dos honorários advocatícios, cabem os embargos infringentes quando presentes os demais pressupostos do art. 530. Neste sentido, v. STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 882.716/MS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 24.3.2009, DJe 20.4.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 904.840/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 19.4.2007, DJ 7.5.2007, p. 310; STJ, 1ª Turma, REsp 710.940/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.4.2006, DJ 4.5.2006, p. 138 e, mais recentemente, em sede de recurso especial repetitivo, STJ, CE, REsp 1.113.175/DF, rel. Min. Castro Meira, j.m.v. 24.5.2012, DJe 7.8.2012. Na doutrina, concordando com o entendimento, v. Leonardo José Carneiro da Cunha, Embargos infringentes contra parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios, p. 156-162. O cabimento dos embargos infringentes pressupõe, contudo, decisão de *mérito*, como corretamente pôs em relevo a 1ª Turma do STJ no REsp 1.074.824/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 14.10.2008, DJe 29.10.2008 e, mais recentemente, a 2ª Turma do mesmo Tribunal, no REsp 1.244.683/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 4.5.2011, DJe 31.5.2011.

Sem prejuízo do exame detido que, a seu respeito, é feito pelo tomo III do vol. 2, é pertinente a notícia de que a jurisprudência dominante nunca admitiu embargos infringentes em sede de “mandado de segurança” (Súmulas 294 e 597 do STF e 169 do STJ), orientação que acabou consagrada pelo art. 25 da Lei n. 12.016/2009. Com relação aos processos jurisdicionais destinados à declaração da *falência* do empresário e da sociedade empresária, hoje disciplinados pela Lei n. 11.101/2005, o Superior Tribunal de Justiça considera cabíveis os embargos infringentes (Súmula 88), entendimento contrário ao que predominava no âmbito do Supremo Tribunal Federal, embora não sumulado.

Se é certo, por fim, que o art. 530, ao se referir a “grau de apelação”, rende ensejo ao entendimento exposto pelos parágrafos anteriores, de que os embargos infringentes cabem mesmo que o recurso julgado não seja o de apelação, mas algum outro recurso que se julga “em grau de apelação”, dúvida alguma pode existir quanto ao não cabimento deste recurso nos julgamentos que se dão perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Superior Tribunal de Justiça, ainda que o recurso extraordinário e/ou o recurso especial visem atacar acórdão proferido em sede de apelação.

## 2.2. Embargos infringentes e “ação rescisória”

A segunda parte do art. 530, ao prever a outra hipótese de cabimento dos embargos infringentes, refere-se ao acórdão, não unânime, “que houver julgado procedente ação rescisória”.

Como expõe o n. 11 do Capítulo 1 da Parte II, o julgamento da “ação rescisória” compreende pelo menos dois e até três momentos distintos, embora sucessivos e complementares. O primeiro deles diz respeito ao exame de sua *admissibilidade*. O segundo, usualmente denominado “*judicium rescindens*”, volta-se à constatação da existência concreta dos vícios e/ou fundamentos que ensejam a rescisão da decisão transitada em julgado. O terceiro, comumente identificado por “*judicium rescissorium*”, dá-se naqueles casos em que, desfeito o trânsito em julgado, põe-se a tarefa de *regulamento* da causa.

Em quais destes momentos repousa a “procedência” da rescisória”? A melhor interpretação é aquela que a localiza indistintamente no “*judicium rescindens*” ou no “*judicium rescissorium*”. Não, contudo, na admissibilidade – de “conhecimento” ou “não conhecimento” – da rescisória, para a qual a expressão “provimento” é atécnica, a exemplo do que se dá para o plano dos recursos (v. n. 1 do Capítulo 3). Não cabem embargos infringentes, com efeito, quando o voto vencido acolheu preliminar rejeitada pela maioria sem qualquer divergência na conclusão a final adotada pelo acórdão (STJ, 2ª Seção, EAR 549/AM, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 23.8.2006, DJ 9.11.2006, p. 247).

Assim, se, por maioria de votos, entender-se que a “coisa julgada material” merece ser desfeita, cabem os embargos infringentes para questionamento do acórdão respectivo. Se, por maioria de votos, acolher-se

o pedido do autor de rejuízoamento da causa, mercê do desfazimento da coisa julgada, nos casos em que ela se justifica (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II), contra o acórdão respectivo caberão embargos infringentes. Imediata a percepção, destarte, de que os infringentes, em quaisquer dos casos, buscam reavivar o debate do voto vencido que, de alguma forma, mantinha a decisão já transitada em julgado, o que vai ao encontro do sistema processual civil que prestigia a coisa julgada desde o “modelo constitucional do direito processual civil” (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal; v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

### **2.3. Embargos infringentes perante o STF e o STJ**

Os acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário e de recurso especial não estão sujeitos ao recurso de embargos infringentes, sendo indiferente, para tanto, que eles não sejam tomados por unanimidade de votos. De tais acórdãos, quando presentes os pressupostos do art. 546, cabe o recurso de “embargos de divergência” examinado pelo Capítulo 12. É pacífica, a este respeito, a jurisprudência daqueles Tribunais, que fazem eco, no particular, ao art. 333 do RISTF e ao art. 260 do RISTJ.

Diferentemente, tratando-se de “ação rescisória” ajuizada diretamente naqueles Tribunais, mesmo no caso de a competência para seu julgamento ser de uma das Turmas, o cabimento dos embargos infringentes é irrecusável se presente a hipótese da segunda parte do art. 530, isto é, quando o acórdão não unânime a houver julgado *procedente*, tema ao qual se volta o n. 2.2, *supra*. A hipótese é expressamente prevista no art. 333, III, do RISTF, e no art. 260 do RISTJ, embora ambos tenham redação mais ampla que a dada pela Lei n. 10.352/2001 àquele dispositivo legal, que deve prevalecer. Por tal razão, é correta a decisão que entendeu incabíveis os embargos infringentes de acórdão não unânime proferido em embargos de declaração apresentados em agravo interno interposto em agravo de instrumento, mesmo que seu acolhimento tenha resultado no *provimento* do recurso extraordinário para julgamento de “ação rescisória” (STF, 2ª Turma, AI-AgR-ED-AgR 382.298/RS, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 10.3.2009, DJe 3.4.2009).

O disposto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, segundo o qual, sendo o acórdão proferido pelo Plenário, o cabimento dos embargos

infringentes depende da existência de, no mínimo, quatro votos divergentes, não subsiste desde o advento do art. 24 da Lei n. 8.038/1990, que determinou a aplicação do Código de Processo Civil às rescisórias ajuizadas originariamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (STF, Pleno, AR-EI-QO 1.178/SP, rel. Min. Néri da Silveira, j.un. 16.12.1996, DJ 15.5.1998, p. 56).

Em se tratando do julgamento de “apelação cível” perante o Superior Tribunal de Justiça, isto é, de “recurso *ordinário*” (v. n. 2.2 do Capítulo 10), o cabimento dos embargos infringentes não pode ser recusado quando presente a hipótese do art. 530, isto é, quando o acórdão daquele Tribunal reformar a *sentença* de mérito proferida nas causas a que se refere o art. 105, II, “c”, da Constituição Federal. É expresso nesse sentido o art. 260 do RISTJ, que também deve ser lido, no particular, com as restrições impostas ao precitado dispositivo legal pela Lei n. 10.352/2001.

### **3. EFEITOS**

Sem prejuízo da exposição feita pelo Capítulo 4, algumas questões relativas aos efeitos dos embargos infringentes revestem-se de peculiaridades dignas de nota, razão pela qual os números seguintes buscam examiná-las.

#### **3.1. Efeito devolutivo**

Não há como recusar aos embargos infringentes efeito devolutivo. Manifestação típica e inescandível do princípio dispositivo que norteia o processo civil, necessário que exista provocação específica do interessado para que, presentes seus pressupostos, possa se cogitar dos embargos infringentes. Somente com a provocação do interessado é que haverá a *transferência* para o órgão colegiado competente para julgamento do recurso.

Para os embargos infringentes, importa destacar que o âmbito da devolutividade se vincula à divergência existente no acórdão, assim entendida a “diferença entre o decidido no acórdão e a solução que preconizava o voto vencido – ou, se houve mais de um, a solução que preconizava o voto vencido mais favorável ao embargante”, em lição de

José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 536), que deve ser acolhida.

A divergência que motiva a interposição dos embargos infringentes repousa na *conclusão* do voto vencido quando comparada com a dos votos vencedores, não na sua *fundamentação*. Não é relevante, portanto, que a divergência se colha quanto à fundamentação dos votos mas, antes, na existência *objetiva* de divergência nas conclusões. Do mesmo modo, uma vez cabíveis os infringentes, os julgadores não ficam adstritos às razões de decidir utilizadas no julgamento original, em que se verificou a discrepância.

Importa distinguir, a este respeito, a fundamentação do acórdão – e, em especial, do voto vencido – com a causa de pedir. Se a divergência verificar-se no âmbito do acolhimento de uma, entre várias, causa de pedir (“causa de pedir *composta*” ou “causa de pedir *complexa*”; v. ns. 6 e 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I), o cabimento dos embargos infringentes ficará na dependência de haver, ou não, unanimidade no acolhimento de uma ou de outra causa de pedir. A vinculação dá-se no âmbito de cada causa de pedir (e, pelas razões expostas, “causa de *recorrer*”), e não no plano da *fundamentação* ou da argumentação dos votos e das razões recursais.

É esta a razão pela qual não faz diferença a fundamentação do voto vencido. Caberão os embargos infringentes, por exemplo, mesmo se o voto vencido tiver sido no sentido de não conhecimento da apelação, desde que os demais, os votos vencedores, tenham reformado sentença de mérito. Diferentemente, se a divergência verificar-se unicamente no plano do juízo de admissibilidade da apelação, não cabem os embargos infringentes, pela não ocorrência dos pressupostos autorizadores do art. 530. Como o não conhecimento da apelação não tem o condão de “reformar sentença de mérito”, inviável a sua rediscussão em sede de embargos infringentes. De resto, havendo voto vencido no que diz respeito à admissibilidade do recurso de apelação, não é despropositado considerar necessário que, com a ressalva do entendimento pessoal, o magistrado profira voto relativo ao “juízo de mérito”, observando-se o art. 561 (v. n. 6 do Capítulo 5).

É neste contexto que deve ser entendida a afirmação de que os embargos infringentes não são “recurso de fundamentação vinculada” (v. n. 4.2 do Capítulo 1). Respeitada a divergência existente na *conclusão* do voto

vencido, o embargante pode trazer novos argumentos para embasar as suas razões e, nesta perspectiva, ver o prevalecimento do voto vencido. Não existe, nesta perspectiva, qualquer limitação à discussão dos tipos de vício que podem ser levantados.

Pode ocorrer, a propósito, que o voto vencido não tenha sido declarado e, por isto, não obstante haver conhecimento de sua existência, não se saber em que reside precisamente a divergência, mola propulsora do próprio cabimento dos embargos infringentes.

Nesta hipótese, primeiro se faz necessária a apresentação de embargos de declaração para suprir a omissão consistente na não declaração do voto vencido (art. 535, II) para, depois, viabilizar os embargos infringentes, até para verificar em que medida exata se deu a divergência que justifica, para os fins do art. 530, a interposição daquele recurso. Certo que a fundamentação adotada pelo voto vencido não vincula as razões a serem apresentadas pelo embargante, mas é do exame do voto vencido que se tem condições de verificar a extensão dos embargos infringentes.

É o que dispunha, a título exemplificativo, o art. 485 do antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “O desembargador que discordar dos votos vencedores poderá, em qualquer caso, fazer declaração de voto vencido; se a discordância se der somente quanto aos fundamentos deduzidos pela maioria, votará pela conclusão ou com restrições quanto a alguns deles, circunstância que se inscreverá na ata e na tira de julgamento e na eventual declaração de voto vencido. Parágrafo único. Será, porém, obrigatória a declaração de voto minoritário, nas hipóteses que comportarem embargos infringentes”.

Se, por qualquer razão, os declaratórios forem negados ao (errado) argumento de que não há obrigatoriedade de declaração do voto vencido, a hipótese passa a comportar recurso especial, fundamentado no art. 535, II, e recurso extraordinário para discutir a violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal na espécie. Providos os recursos, o órgão julgador *a quo* apresentará o voto vencido, viabilizando, com isto, o início regular do segmento recursal relativo aos embargos infringentes. O Superior Tribunal de Justiça, de qualquer sorte, já teve oportunidade de sustentar que, na hipótese, a melhor solução é a de entender total a divergência e, conseqüentemente, totais os embargos infringentes (5ª Turma, REsp

336.774/RN, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 23.10.2001, DJ 19.11.2001, p. 317, e 3ª Turma, REsp 991.544/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 24.3.2008, DJe 13.5.2008).

É correto, outrossim, o entendimento de que são cabíveis os embargos infringentes inclusive no que diz respeito à fixação do valor indenizatório, isto é, à “avaliação quantitativa do dano sofrido”. O que importa, para os infringentes, é que, respeitada a diretriz do art. 530, haja *dissonância* no órgão julgador, e não, necessariamente, orientação oposta entre os julgadores. Expressos nesse sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 983.010/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 27.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 217; STJ, 3ª Turma, REsp 978.620/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 18.9.2007, DJ 22.10.2007, p. 274; e STJ, 4ª Turma, REsp 715.934/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j.un. 7.12.2006, DJ 5.2.2007, p. 244.

## 3.2. Efeito translativo

Também o “efeito translativo” tem plena aplicação para os embargos infringentes. Recurso “ordinário” que é, aplica-se-lhe, em sua inteireza, esse efeito para permitir que, uma vez conhecidos, o órgão colegiado aprecie questões de ordem pública e que não tenham ficado acobertadas pela preclusão, sendo indiferente, no particular, a existência de anterior divergência sobre elas ou não.

A ressalva relativa ao *prévio* conhecimento dos embargos infringentes justifica-se: sem a ocorrência de uma das hipóteses do art. 530, não há instante procedimental adequado para o julgamento do recurso e, conseqüentemente, não é correto o entendimento de que o órgão julgador possa revisar o que já havia sido objeto de julgamento. Para todos os fins – à míngua da ocorrência de uma das situações do art. 530 –, o órgão julgador terá esgotado a sua função jurisdicional. Diferentemente, diante de uma das hipóteses autorizadoras do cabimento do recurso, é dado ao colegiado, aplicando o art. 267, § 3º, apreciar outras questões que, posto transbordarem dos limites do voto vencido (efeito devolutivo), são passíveis de apreciação oficiosa. Não há óbice, portanto, para que aquele a quem o voto vencido viabiliza a apresentação dos embargos infringentes traga em suas razões, além da rediscussão onde se verificou a divergência, outras matérias que sejam de ordem pública.

A questão, contudo, é das mais tormentosas, sendo possível constatar, inclusive, divergência a seu respeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como fazem prova, por exemplo, os seguintes julgados: 1ª Turma (REsp 909.429/PR, rel. Min. José Augusto Delgado, j.un. 20.11.2007, DJ 12.12.2007, p. 398) admitindo o conhecimento de questões de ordem pública em sede de embargos infringentes, e 2ª Turma (REsp 808.439/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 18.10.2007, DJe 6.3.2008) sustentando que os embargos infringentes não podem ir além dos limites do voto vencido e, no particular, rejeitando à matéria então julgada (fixação de indenização em moeda estrangeira) caráter de ordem pública a justificar atuação oficiosa do magistrado. Decisão mais antiga, proferida pela 3ª Turma daquele Tribunal (REsp 284.523/DF, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 3.5.2001, DJ 25.6.2001, p. 173), manifestou-se no sentido que, a este *Curso*, parece ser o mais correto, qual seja, de que, “em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência”, mencionando, a propósito, dois outros precedentes: STJ, 1ª Seção, EAR 195/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j.un. 13.4.1993, DJ 3.5.1993, p. 7752, e STJ, 3ª Turma, REsp 61.984/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.un. 27.11.1995, DJ 26.2.1996, p. 4011. Mais recentemente, no mesmo sentido, decidiu a 4ª Turma do STJ: REsp 304.629/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 9.12.2008, DJe 16.3.2009.

Pelas mesmas razões aqui sustentadas, é indiscutível a aplicação do art. 515, § 4º, aos embargos infringentes. Uma vez conhecido o recurso, pode o órgão julgador valer-se daquele dispositivo para sanear o processo de vício, passível de apreciação oficiosa, até então não descoberto ou questionado.

### **3.3. Efeito suspensivo**

No que tange ao efeito suspensivo dos embargos infringentes, é amplamente majoritário o entendimento de que ele existe nos casos em que o *anterior* recurso de apelação já o tinha, não afetando, os infringentes, a exequibilidade imediata da decisão embargada (por todos, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 539-540; em sentido contrário, na literatura mais recente, v. Araken de Assis,

*Manual dos recursos*, p. 565-566). A orientação é correta e deve ser prestigiada à míngua de disciplina em sentido contrário, mormente diante das considerações expostas pelo n. 3 do Capítulo 4. Vale notar, a seu propósito, que se trata de entendimento oposto ao que se dá para o recurso de “embargos de declaração”, cuja ausência de efeito suspensivo depende da falta de previsão legal para o recurso a ser interposto e não para o já julgado, como se dá no caso vertente (v. n. 4 do Capítulo 8).

Na hipótese de “ação rescisória”, a aplicação do entendimento sustentado pelo parágrafo anterior significa que os embargos infringentes não suspendem os efeitos da decisão rescindenda a não ser que assim tenha sido determinado, mercê da aplicação do art. 489 (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte II). O recurso de embargos infringentes, destarte, não tem, por si só, o condão de alterar o estado de exequibilidade da decisão rescindenda, que terá sido ou não afetada por anterior decisão a este respeito. Não há, contudo, óbice para que, por ocasião da interposição dos embargos infringentes, a anterior decisão seja revista à luz de novos fundamentos trazidos pelos interessados, quando, até mesmo, eventual ânimo procrastinador do embargante poderá ser levado em conta para aquela finalidade.

## **4. PROCEDIMENTO**

Os embargos infringentes devem ser apresentados no prazo de quinze dias (art. 508; v. n. 2.5 do Capítulo 3) perante o relator do acórdão embargado. O preparo deve observar as regras gerais do art. 511 (v. n. 2.7 do Capítulo 3), como teve oportunidade de decidir a Corte Especial do STJ com relação ao *momento* de apresentação do comprovante respectivo (EREsp 488.304/MA, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 19.11.2008, DJe 4.8.2009). No mesmo sentido, mais recentemente: STJ, 4ª Turma, REsp 883.911/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 2.6.2011, DJe 27.6.2011.

Tão logo interpostos, será aberta vista ao recorrido (embargado) para que ele ofereça, em quinze dias, suas “contrarrazões”, isto é, sua resposta ao recurso. O prazo para as contrarrazões é também o prazo para que o embargado, quando a hipótese for de “sucumbência recíproca”, apresente, querendo, “embargos infringentes *adesivos*” (art. 500, II; v. n. 4.4 do Capítulo 1).

Após, com as contrarrazões – e, se for o caso, com os “embargos infringentes *adesivos*” e as respectivas contrarrazões a eles apresentadas (art. 531) –, o relator proferirá o juízo de admissibilidade do recurso. É importante destacar que, em função do que dispõe o art. 532, trata-se, ainda, do relator do acórdão embargado. Só depois de admitidos os embargos infringentes, e *se previsto pelo Regimento Interno* do respectivo Tribunal (como se dá, por exemplo, no art. 76 do RISTF, no art. 74 do RISTJ e no art. 39, § 3º, do RITJSP), haverá sorteio de *novo* relator (art. 534).

Uma vez admitidos os embargos, eles serão processados e julgados conforme dispuser o Regimento do respectivo Tribunal (art. 533). No caso de o Regimento Interno conter norma neste sentido, será escolhido, para o julgamento dos embargos infringentes, um *novo* relator, cuja escolha “recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior” (art. 534).

Não há razão para entender revogado, pela Lei n. 10.352/2001 ou por outra a ela anterior, o parágrafo único do art. 534, que se limitou a dar nova redação ao *caput* do dispositivo. Assim, sem prejuízo do que disciplinar o Regimento Interno do Tribunal para os fins do art. 533, “impugnados os embargos, serão os autos conclusos ao relator e ao revisor pelo prazo de 15 dias para cada um, seguindo-se o julgamento”. A orientação afina-se à regra genérica dos arts. 551, *caput*, e 553, ressaltando que, também nas causas que observarem o procedimento sumário, os embargos infringentes terão *revisor*, prevalecendo a específica regra do parágrafo único do art. 534, até porque a possibilidade de exame por um dos componentes do órgão julgador *antes* do julgamento é providência que vai ao encontro da finalidade desempenhada, no sistema recursal, pelos embargos infringentes (v. n. 1, *supra*). Não deve prevalecer, por isto, o disposto no art. 261, § 3º, do RISTJ, que reserva ao *relator* a prerrogativa de pedir dia para o julgamento, oferecidas, ou não, as contrarrazões do embargado.

Se a hipótese for de não admissão dos embargos infringentes (inclusive no que diz respeito aos “embargos *adesivos*”), o embargante poderá contrastar a decisão perante o órgão colegiado competente, indicado pelo Regimento Interno do respectivo Tribunal, para o julgamento dos infringentes. O art. 532 representa uma das hipóteses em que o Código de

Processo Civil expressamente previu o cabimento do “agravo *interno*” para tanto, na forma discutida pelo n. 5 do Capítulo 7.

Da descrição do procedimento dos embargos infringentes de que se ocuparam os parágrafos anteriores, salta uma imediata questão: aplica-se a este recurso o disposto no art. 557? A questão faz-se tanto mais pertinente porque, tão logo os infringentes são interpostos (perante o relator do acórdão embargado), abre-se vista ao embargado para contrarrazões (art. 531). Nada impede, no entanto, que o art. 557 seja aplicado após a oportunidade para apresentação das contrarrazões. Ainda não houve, propriamente, o processamento dos infringentes, com o envio dos autos para o *novo* relator (art. 534).

O que não tem sentido de ser aplicado em se tratando de embargos infringentes, dada a sistemática do recurso, é o § 1º-A do art. 557, isto é, a possibilidade de o relator *dar provimento monocrático* aos embargos infringentes.

## **5. EMBARGOS INFRINGENTES E RECURSOS ESPECIAIS E/OU RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

O art. 498 convida a algumas considerações sobre a específica hipótese em que um acórdão contiver parte (capítulo) unânime e parte (capítulo) não unânime que, mercê do art. 530, desafia seu contraste pelo recurso de embargos infringentes.

De acordo com o *caput* da regra, “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”.

A primeira observação a ser feita com relação ao dispositivo é que ele não excepciona o “princípio da unirecorribilidade” (v. n. 4 do Capítulo 2). Não que um princípio não aceite exceções e abrandamentos por força da incidência de outros, muito pelo contrário, mas não é o caso vertente. O que o art. 498 está a disciplinar é que, dada a possibilidade da concomitância de mais de um recurso contra uma mesma decisão, *formalmente una*, os prazos

para sua interposição devem ser contados sucessivamente, com vistas a uma maior otimização dos atos processuais. Não é diverso, de resto, do que se dá com os embargos de declaração, cuja interposição *interrompe* o prazo para a apresentação de outros recursos para quaisquer das partes e *terceiros* (v. n. 3 do Capítulo 8).

O objetivo do art. 498 é impedir a fluência do prazo para a interposição do recurso especial e/ou extraordinário do capítulo unânime da decisão enquanto não interpostos e, se for o caso, não julgados os embargos infringentes cabíveis do capítulo não unânime. Nada mais do que isto. Antes da Lei n. 10.352/2001, o art. 498 obrigava que o capítulo unânime do acórdão fosse, desde logo, recorrido especial e/ou extraordinariamente e, uma vez julgados os embargos infringentes cabíveis da parte não unânime, o interessado apresentasse *novo* recurso especial e/ou extraordinário para seu específico contraste. Trata-se, a olhos vistos, de regra que se afina ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), viabilizando que os recursos cabíveis ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça sejam interpostos de uma só vez, *otimizando* sua tramitação e reduzindo, com isto, o tempo e os custos do processo.

Para viabilizar o máximo de rendimento do dispositivo à luz das considerações expostas pelo parágrafo anterior, forçoso reconhecer que o prazo para interposição de eventuais embargos de declaração do capítulo unânime da decisão – máxime quando estes embargos veicularem, de alguma forma, o tema do “prequestionamento” (v. n. 2.1 do Capítulo 11) –, só comece a fluir também da intimação do julgamento dos embargos infringentes. Entendimento diverso seria admitir, por outras vias, fragmentação onde a lei não a quis. É como se dissesse para todos os fins que, diante da hipótese prevista no art. 498, primeiro se esgotam os recursos relativos à parte não unânime, incluindo, se for o caso – e antes dos embargos infringentes –, os declaratórios, nos casos em que eles se justificam, para que, depois, sejam apresentados os recursos relativos à parte unânime e ao capítulo questionado pelos infringentes, e começar pelos embargos de declaração.

O “sobrestamento” do prazo referido pelo art. 498 não se confunde com a *suspensão* nem com a *interrupção* dos prazos. O prazo “sobrestado” para a interposição do recurso especial e/ou extraordinário significa que ele não

passa a fluir enquanto não ocorrer a hipótese prevista na própria regra, qual seja, “a intimação da decisão nos embargos”. A expressão entre aspas deve ser compreendida como a intimação da decisão que julga os embargos interpostos. Esta decisão pode ser a do relator dos embargos infringentes que, para os fins do art. 531, não o admite; ou o acórdão que julga o “agravo interno” dela cabível; ou, ainda, o acórdão que julga os embargos infringentes. Tudo dependerá de quais eventos ocorrerem no caso concreto: rejeição dos infringentes; recurso desta decisão ao colegiado e julgamento dos embargos infringentes pelo órgão competente. Cabe à parte (ou ao terceiro) que tem interesse na apresentação do recurso especial e/ou do recurso extraordinário atentar a esta circunstância, sob pena de perder o prazo recursal respectivo que começará a fluir com a intimação referida pelo art. 498, *caput*.

É, portanto, indiferente, para o sobrestamento do prazo relativo aos recursos do capítulo unânime da decisão, que os embargos infringentes sejam, ou não, conhecidos; sejam, ou não, providos. O que importa é que haja a intimação de seu julgamento monocrático ou colegiado, na forma discutida pelo parágrafo anterior. Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 929.524/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.6.2008, DJe 4.8.2008 e, mais recentemente, STJ, 3ª Turma, REsp 1.091.958/PR, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 18.10.2011, DJe 3.11.2011.

O parágrafo único do art. 498 ocupa-se de situação um pouco diversa da que é regida pelo *caput* do dispositivo. Ele disciplina a hipótese em que o capítulo não unânime, contrastável pelos embargos infringentes, não for efetivamente embargado, dispondo que “o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos”.

Assim, não é porque não foram interpostos os embargos infringentes cabíveis do capítulo do acórdão não unânime que haverá algum tipo de prejuízo às partes e eventuais terceiros quanto à fluência do prazo para interposição do recurso especial e/ou recurso extraordinário. Para todos, inclusive àquele que tem interesse na apresentação dos infringentes, o prazo respectivo “terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos”.

O início do prazo, não obstante a redação do dispositivo, não começa no próprio dia em que transitar em julgado o capítulo da decisão que desafiava os embargos infringentes. Aplicando-se a regra geral (v. n. 2.5 do Capítulo 3), este dia, o de início, deverá ser excluído para fins da contagem. Mais correto admitir que a contagem do prazo tem início a partir daquele dia.

O parágrafo único do art. 498 nada diz sobre as partes (e eventuais terceiros) serem intimadas do trânsito em julgado do capítulo não unânime, dando margem ao entendimento de que, tão logo se dê aquele, tem início o prazo para que o capítulo unânime seja recorrido especial e/ou extraordinariamente, indiferente, para tanto, o dia em que é lançada certidão nos autos de que não houve interposição dos infringentes.

O entendimento, contudo, tende a oferecer uma enorme dificuldade prática, além de inegável (e indesejável) insegurança jurídica. Pode acontecer de as demais partes não saberem se a parte não unânime foi efetivamente recorrida, máxime naqueles locais em que a apresentação das petições locais for admitida por protocolos descentralizados ou integrados, isto é, espalhados em diversas comarcas ao longo do Estado ou em diversas seções judiciárias ao longo da Região respectiva (art. 547, parágrafo único; v. n. 2.6.1 do Capítulo 3). Diante da inequívoca insegurança criada pela situação, é preferível que, a despeito da *letra* do parágrafo único do art. 498, o prazo para apresentação do recurso especial e/ou extraordinário, tenha fluência, com a observação já lançada, a partir da intimação cartorária que informe a todos os litigantes que não houve interposição do recurso. Entendimento contrário, além de ser fonte de indesejada insegurança jurídica, acabará forçando as partes a apresentarem recursos extraordinário e recursos especiais, o que, embora não deva levar a seu não conhecimento por intempestivos (v. o n. 7.1 do Capítulo 11, que critica o entendimento do STF e do STJ em sentido oposto), conspira contra a otimização e racionalização dos atos processuais desejados, em consonância com o “modelo constitucional do processo civil”, pela atual redação do *caput* do art. 498. De resto, o próprio *caput* do art. 498 refere-se, embora em hipótese diversa, à necessidade de intimação para fins de fluência do prazo para o recurso especial e/ou recurso extraordinário.

Caso, contudo, o recurso especial e/ou o recurso extraordinário acabem sendo interpostos com o receio da perda do prazo respectivo – o que é

inegavelmente compreensível do ponto de vista da prática forense –, é irrecusável que, havendo embargos infringentes anteriormente interpostos, seja permitido ao recorrente extraordinário e/ou especial não só *reiterar* mas, mais do que isto, *complementar* suas razões recursais à luz do acórdão dos infringentes, na forma como discutido pelo n. 11 do Capítulo 2.

Com relação ao capítulo não unânime, a despeito do silêncio do parágrafo único do art. 498, é correto o entendimento de que não cabe mais nenhum recurso, porque eventual recurso extraordinário e/ou recurso especial interposto esbarrará no óbice do “não esgotamento das instâncias ordinárias”, apresentado pelo n. 2.1 do Capítulo 11, e bem descrito na Súmula 207 do STJ (“É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem”) e na Súmula 281 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”).

## 6. JULGAMENTO

O julgamento dos embargos infringentes não tem nenhuma peculiaridade digna de nota.

A sustentação oral pelos procuradores do embargante e do embargado é cabível, de acordo com o art. 554 (v. n. 6.3 do Capítulo 5).

O que vale colocar em relevo é que não há óbice, não obstante a razão de ser dos infringentes, para que o prolator do voto vencido, que rendeu ensejo à apresentação dos embargos infringentes, reveja o seu posicionamento, caso participe do órgão competente para julgamento do recurso, e que, deste modo, os embargos venham a ser rejeitados por unanimidade de votos.

Mesmo que subsista a divergência original no julgamento final – o que é bastante comum de acontecer na prática –, não cabem novos embargos infringentes. Do acórdão respectivo, diferentemente, cabem, consoante o caso, embargos de declaração (v. n. 2 do Capítulo 8) e recurso extraordinário e recurso especial (v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11).

# CAPÍTULO 10

## Recurso ordinário

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O recurso ordinário, não obstante o nome, assemelha-se à apelação, mas, diferentemente dela, é julgado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, que funcionam como verdadeiros órgãos de segundo grau de jurisdição, e não como órgãos de sobreposição, de controle da inteireza do direito federal constitucional e infraconstitucional, respectivamente.

Trata-se de “recurso de fundamentação *livre*”, isto é, presta-se a discutir qualquer tipo ou espécie de vício ou de erro contido no julgamento. Neste sentido, o recurso faz as vezes de verdadeira apelação, para revisão ampla do quanto assentado na decisão recorrida, podendo o recorrente impugná-la valendo-se de qualquer fundamento, independentemente da ocorrência de questão constitucional ou legal especificamente decidida (“prequestionamento”, v. n. 2.1 do Capítulo 11), como seria o caso se se tratasse de recurso extraordinário ou especial. Tampouco é necessária a demonstração de divergência jurisprudencial para o recurso ordinário, exigida pela letra “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, para o recurso especial.

O recurso ordinário é regulado infraconstitucionalmente pelos arts. 539 e 540 do Código de Processo Civil, que têm a redação da Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994, revogando, para o direito processual civil, os arts. 33, 34, 36 e 37 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.

### 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

As hipóteses de cabimento do recurso ordinário são previstas expressamente pela Constituição Federal, por ocasião da indicação da

competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105; v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1)).

Dispõe o art. 102, II, da Constituição Federal:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II – julgar, em recurso ordinário: *a) o habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; *b) o crime político*”.

De acordo com o art. 105, II, da Constituição Federal:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) II – julgar em recurso ordinário: *a) os habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; *b) os mandados de segurança* decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; *c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País*”.

Dentre as várias hipóteses acima indicadas, importa, para o presente *Curso*, o exame daquelas que dizem respeito ao direito processual civil, excluídos, portanto, o “crime político” (art. 102, II, “b”, da Constituição Federal) e o *habeas corpus* (parte da alínea “b” do art. 102, e art. 105, II, “a”, ambos da Constituição Federal), adequadamente previstas nos incisos I e II do art. 539 do Código de Processo Civil, os quais, no particular, repetem a Constituição Federal quanto às hipóteses de cabimento do recurso ordinário. Nem poderia ser diferente, aliás, sob pena de inconstitucionalidade por ser *taxativa* a competência reconhecida, pela Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

## **2.1. Recurso ordinário e a “tutela jurisdicional das liberdades públicas das diversas gerações”**

Tanto a alínea “a” do inciso II do art. 102 como a alínea “b” do inciso II do art. 105 da Constituição Federal referem-se ao que o n. 2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1 denominou “tutela jurisdicional das liberdades públicas das diversas gerações”.

Sem prejuízo do que se ocupa o Capítulo 1 da Parte I do tomo III do vol. 2, importa destacar que a finalidade do mandado de segurança é proteger direito líquido e certo (isto é, direito comprovado de plano, sem necessidade de dilação probatória) não amparado por *habeas corpus* (que se volta à tutela jurisdicional do direito de locomoção) ou por *habeas data*. Ele é previsto nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal e a sua disciplina atual encontra-se na Lei n. 12.016/2009.

O *habeas data*, criação do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, volta-se a “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” e “para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. A sua lei regulamentadora, a Lei n. 9.507/1997, ampliou (legitimamente) suas hipóteses de cabimento para admiti-lo também, como se lê de seu art. 7º, III, “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

De seu turno, o mandado de injunção, tal qual o prevê o inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, tem cabimento “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Até hoje não foi editada lei que discipline o seu procedimento, aplicáveis, para tanto, as leis do mandado de segurança, por força do disposto no parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990.

O recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal tem cabimento para contrastar as decisões *denegatórias* proferidas em sede de mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção impetrados originariamente nos Tribunais Superiores (art. 102, II, “a”, da Constituição Federal). O recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, cabe quando a hipótese é de decisão *denegatória* de mandado de segurança impetrado originariamente nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito

Federal e Territórios ou nos Tribunais Regionais Federais. Não há previsão para o recurso ordinário quando o *habeas data* ou o mandado de injunção, por qualquer razão, for impetrado diretamente nos Tribunais Regionais Federais ou nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios.

“Decisão *denegatória*” é a decisão *desfavorável* ao impetrante, isto é, aquele que provoca, rompendo sua inércia, a jurisdição, o *autor* do mandado de segurança, do *habeas data* ou do mandado de injunção, sendo indiferente, para tanto, tratar-se de decisão que tenha apreciado o mérito (art. 269) ou não (art. 267). É este o entendimento amplamente vencedor em sede de doutrina e na jurisprudência.

Considerando que o recurso ordinário é recurso de “fundamentação *livre*”, ele pode voltar-se, por exemplo, à discussão sobre a existência, ou não, de “direito líquido e certo” em favor do impetrante, que é matéria substancialmente de *fato*. Assim, o recurso ordinário, não obstante julgado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante a hipótese, pode-se voltar ao reexame de provas, não se lhe aplicando a Súmula 279 do STF nem a Súmula 7 do STJ e, por identidade de motivos, nem a Súmula 454 do STF e a Súmula 5 do STJ.

Da decisão que *concede* o mandado de segurança, o *habeas data* ou o mandado de injunção não há previsão constitucional ou legal para seu “reexame necessário” pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, inaplicando-se, por isto mesmo, o disposto no parágrafo único do art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009 (art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/1990), bem como, genericamente, o disposto no art. 475 do Código de Processo Civil.

A previsão do recurso ordinário só em benefício do impetrante não significa qualquer violação ao “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). O mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção são medidas judiciais instituídas contra os desmandos do Poder Público ou entidade a ele equiparada (exercício de *função pública*). Destarte, não há agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil” na previsão de recurso de fundamentação livre e, por isto mesmo, mais amplo, mais propício para o reexame da decisão recorrida, somente para a parte intrinsecamente mais fraca do processo, o impetrante.

Como o recurso ordinário só cabe quando a decisão for *denegatória*, o *rêu* do mandado de segurança, o do *habeas data* e o do mandado de injunção só poderão contrastar a decisão que lhes é desfavorável, isto é, a decisão *concessiva*, por recurso extraordinário e por recurso especial, quando presentes os pressupostos dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, respectivamente. O cabimento dos embargos de declaração não pode ser afastado, também, quando a decisão incorrer em um dos vícios do art. 535. Os embargos infringentes devem ser afastados porque, embora o acórdão possa ser proferido por maioria de votos, ele não terá o condão de “reformular sentença de mérito” nem de “julgar procedente ação rescisória”. Seu descabimento dá-se, portanto, pela inaplicabilidade do art. 530 aos casos aqui examinados, e não em função das Súmulas 597 do STF e 169 do STJ (v. n. 2 do Capítulo 9).

Havendo, em um mesmo processo, interposição de recursos ordinário, especial e extraordinário – o que pode ocorrer quando a denegação for *parcial*, havendo, destarte, “sucumbência recíproca” –, eles devem ser julgados levando-se em conta a diretriz da Súmula 299 do STF: “O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de ‘habeas corpus’, serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno”.

Tão diversos o recurso ordinário e o recurso extraordinário ou o recurso especial, a começar pelas suas hipóteses de cabimento, passando pelas regras relativas à sua tramitação e finalizando com a disciplina relativa a seu julgamento, que a jurisprudência, assente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a interposição do recurso errado (por exemplo, especial quando a hipótese era de ordinário) significa sua inadmissibilidade. Inaplicável à espécie o “princípio da fungibilidade” (v. n. 6 do Capítulo 2). Correta, no ponto, a orientação da Súmula 272 do STF: “Não se admite como recurso ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança”.

O inciso II do art. 20 da Lei n. 9.507/1997, que disciplina o *habeas data*, prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário, o *habeas data* “quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais”.

O dispositivo é inconstitucional porque a competência daquele Tribunal é taxativamente estabelecida pela Constituição Federal, vedado o seu alargamento por lei federal. Assim, nos casos em que o *habeas data* for impetrado originariamente perante os Tribunais Regionais Federais ou os Tribunais de Justiças dos Estados e do Distrito Federal (art. 108, I, “c”, da Constituição Federal e art. 20, I, “a”, “b”, “c” e “e” da Lei n. 9.507/1997), os recursos cabíveis serão o extraordinário e o recurso especial, consoante se façam presentes os pressupostos do art. 102, III, e do art. 105, III, da Constituição Federal, respectivamente, já que de “causas decididas em *única* instância” se trata (v. n. 2.2 do Capítulo 11).

O Superior Tribunal de Justiça, vale frisar, só tem competência para julgar, em recurso ordinário, os acórdãos denegatórios de *mandados de segurança* impetrados originariamente naqueles Tribunais; impensável, pois, que, por analogia, reconheça-se àquele Tribunal competência similar àquela que o art. 102, II, “a”, da Constituição expressamente reservou ao Supremo Tribunal Federal em se tratando de *habeas data* ou de mandado de injunção.

## **2.2. Causas que envolvem Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa residente ou domiciliada no País**

A alínea “c” do inciso II do art. 105 da Constituição Federal, por sua vez, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para o recurso ordinário cabível nas “causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País”.

O dispositivo deve ser entendido por exclusão, levando-se em conta a lembrança da alínea “e” do inciso I do art. 102 da mesma Carta, segundo a qual compete ao STF processar e julgar “o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território”.

A distinção entre uma e outra é visível: a hipótese que enseja a interposição do recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, envolve apenas o litígio entre o Município – descartada a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e, embora não existam na federação brasileira da atualidade, os Territórios – e Estado estrangeiro ou organismo

internacional. Também quando o litígio promovido pelo ou em face do Estado estrangeiro, ou o organismo internacional envolver pessoa residente ou domiciliada no Brasil, a competência recursal é do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro grau de jurisdição, a competência para estas causas é da Justiça Federal de primeira instância (e não dos Tribunais Regionais Federais, portanto), como se lê do inciso II do art. 109 da Constituição Federal: “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País”.

É indiferente para a fixação da competência originária como para a identificação da competência recursal saber se o Estado estrangeiro, o organismo internacional, o Município ou a pessoa residente ou domiciliada no Brasil são autores ou réus. O que basta é que o litígio se dê entre uns e outros, que aquelas pessoas ocupem polos opostos do processo.

### **3. EFEITOS**

As particularidades dos efeitos do recurso ordinário são as seguintes.

Tratando-se de recurso de “fundamentação *livre*” (v. n. 4.2 do Capítulo 1), aplicam-se ao recurso ordinário as mesmas considerações que o n. 3 do Capítulo 6 faz com relação à apelação. O art. 515, § 3º, a este propósito, tem aplicação irrecusável na espécie, quando presentes os seus respectivos pressupostos. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, RMS 24.854/PE, rel. Min. Castro Meira, j.un. 23.10.2007, DJ 8.11.2007, p. 209; STJ, 1ª Turma, RMS 21.885/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 223. A 6ª Turma daquele Tribunal, contudo, já teve oportunidade de afastar a aplicação do dispositivo: RMS 12.096/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 4.9.2007, DJ 24.9.2007, p. 372.

A falta de regra específica em sentido contrário sobre o efeito suspensivo convida para o entendimento de que a sua presença variará consoante a hipótese.

Nos casos em que o recurso ordinário é interposto em mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, a melhor interpretação é a de que o recurso ordinário *tem* efeito suspensivo pelo prevalectimento da regra específica do mandado de segurança, qual seja, o art. 14, § 1º, da Lei

n. 12.016/2009, que serve também para o mandado de injunção, em face do parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990, e do *habeas data*, o art. 15, parágrafo único, da Lei n. 9.507/1997. Nestes dois dispositivos, a ausência do efeito suspensivo dá-se na hipótese de decisão *concessiva* da ordem, admitindo-se, conseqüentemente, a execução provisória do julgado, situação oposta àquela que rende ensejo ao recurso ordinário, que pressupõe decisão *denegatória* ao impetrante (v. n. 2.1, *supra*).

A doutrina (assim, *v.g.*, Araken de Assis, *Manual dos recursos*, p. 664-665) e a jurisprudência amplamente vencedora, contudo, são contrárias ao entendimento defendido pelo parágrafo anterior, sustentando, até mesmo, que a questão é de nenhum interesse prático por causa do pressuposto do cabimento do recurso ordinário em tais casos, qual seja, de se tratar de decisão *denegatória*, isto é, de decisão que *nega* o direito do impetrante por questões processuais e/ou materiais. Em tais condições, seria inócuo sustentar o efeito suspensivo de uma decisão que não tem aptidão de produzir efeitos. Para este *Curso*, todavia, a importância da questão reside na manutenção, ou não, de eventual liminar concedida no mandado de segurança, no *habeas data* ou no mandado de injunção, quando, pelas razões expostas pelo n. 4.2.6 do Capítulo 6, importa saber se o recurso a ser interposto possui, ou não, efeito suspensivo, até porque a regra do § 3º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 não pode ser generalizada (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III).

Com relação às causas que envolvem Estados estrangeiros ou organismos internacionais e Municípios ou pessoas domiciliadas ou residentes no País, a melhor interpretação é a de aplicar, ao recurso ordinário, o art. 520, isto é: em regra, há efeito suspensivo, exceto em se tratando das diversas hipóteses dos incisos daquele dispositivo ou, se for o caso, da legislação processual civil extravagante.

Não obstante as considerações dos parágrafos anteriores, é irrecusável a aplicação, ao recurso ordinário, do quanto foi exposto pelo n. 4.2.10 do Capítulo 6 sobre a atribuição do efeito suspensivo *ope judicis* e, até mesmo, naqueles casos em que se entender que a lei o estabelece, a sua retirada por decisão casuística do magistrado.

## **4. PROCEDIMENTO**

O art. 540 determina a aplicação, ao recurso ordinário do mandado de segurança, das regras de admissibilidade e procedimento no juízo de interposição (juízo de origem ou juízo *a quo*) do recurso de apelação (Capítulo II do Título X do Livro I do Código de Processo Civil), observando-se, no mais, o disposto nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (v. n. 5, *infra*).

O prazo de sua interposição e para apresentação das contrarrazões é de quinze dias (art. 508), não havendo motivo para prevalecer o disposto na Súmula 319 do STF, que reserva para a espécie o prazo de cinco dias, entendimento que tomava como base, por analogia, o art. 841 do Código de Processo Civil de 1939, por força do disposto no art. 142 do então vigente Regimento Interno daquele Tribunal.

O órgão de interposição do recurso ordinário coincide com o prolator da decisão recorrida.

Assim, em se tratando de recurso ordinário dirigido a decisão *denegatória* de mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção, o recurso será apresentado aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

Para o recurso ordinário das causas referidas no inciso II do art. 109 da Constituição Federal (art. 105, II, “c”, da Constituição Federal), o órgão de interposição é o juízo *federal* prolator da sentença recorrida.

O anexo da Lei n. 11.636/2007, que disciplina as custas judiciais no âmbito do STJ, prevê, expressamente, o valor das custas para o “recurso em mandado de segurança” e para a “apelação cível”, isto é, para o recurso ordinário interposto nas hipóteses das letras “b” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. Sobre a denominação “apelação cível”, lê-se, do inciso III do parágrafo único do art. 67 do RISTJ, que “a classe Apelação Cível (AC) compreende o recurso ordinário interposto nas causas em que forem partes estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no País (Constituição, art. 105, II, c)”. Por sua vez, o inciso IV do mesmo dispositivo indica que “as classes Recurso em *Habeas corpus* (RHC) e Recurso em Mandado de Segurança (RMS) compreendem os recursos ordinários interpostos na forma do disposto no art. 105, II, a e b, da Constituição”.

O mesmo se dá com relação à Resolução n. 491/2012, do STF, que dispõe sobre as Tabelas de custas e de porte e remessa dos autos àquele Tribunal. A Tabela “a” refere-se a “recurso em mandado de segurança”, e não a “recurso ordinário”.

As custas, assim entendidas a taxa judiciária e o porte de remessa e retorno dos autos, serão pagas com observância da disciplina do art. 511, inclusive no que diz respeito à possibilidade de sua complementação (v. n. 11 do Capítulo 2).

#### **4.1. Juízo de admissibilidade negativo**

Pode acontecer de o recurso ordinário ser indeferido na sua origem, proferindo, o órgão de interposição (prolator da decisão recorrida), juízo de admissibilidade *negativo* (v. n. 2 do Capítulo 3). Para fundamentar uma tal decisão, não há como afastar a aplicação do art. 518, § 1º (v. n. 5 do Capítulo 6), aplicável ao recurso ordinário por força do art. 540, como já teve oportunidade de destacar o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Rcl-AgR 5.153/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 11.10.2007, DJ 14.11.2007, p. 39.

Para a constatação do recurso cabível para a hipótese, convém distinguir os casos em que o recurso ordinário é apresentado diretamente nos Tribunais (art. 102, II, “a”, e 105, II, “b”, da Constituição Federal) dos casos em que o recurso ordinário é interposto perante o juízo monocrático da primeira instância (art. 105, II, “c”, da Constituição Federal).

Com relação aos recursos ordinários interpostos dos acórdãos dos Tribunais, importa destacar ser irrecusável o entendimento de que a decisão que indefere o seu processamento é *interlocutória* e, conseqüentemente, seu contraste deve-se dar, por força do art. 540, por intermédio do recurso de “agravo de instrumento” do art. 522, *caput* (v. n. 3 do Capítulo 7). Apesar de o parágrafo único do art. 539 limitar-se a prever o cabimento do agravo de instrumento nas causas que envolvem Estados estrangeiros ou organismos internacionais e Municípios ou pessoas residentes ou domiciliadas no País, a interpretação aqui propugnada deve ser acolhida graças ao precitado art. 540: os “requisitos de admissibilidade” e o “procedimento no juízo de origem” da apelação envolvem, necessariamente, o *controle* destes requisitos, destacando-se, para tanto, o recurso de agravo de instrumento, tal

qual expressamente estabelece o também mencionado *caput* do art. 522. Ademais, o agravo a que se reporta o art. 544 tem hipótese de incidência específica, diversa daquela aqui examinada, por se referir, exclusivamente, ao recurso extraordinário e ao recurso especial (v. n. 4 do Capítulo 7).

O entendimento amplamente vitorioso no Superior Tribunal de Justiça, contudo, é em sentido contrário, como demonstram suficientemente os seguintes julgados: 6ª Turma, AgRg no Ag 924.373/BA, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 20.11.2007, DJ 19.12.2007, p. 1254; 4ª Turma, AgRg no Ag 936.690/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 25.9.2007, DJ 15.10.2007, p. 293; 5ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 789.826/MS, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 28.11.2006, DJ 5.2.2007, p. 344; e 2ª Turma, AgRg no Ag 457.477/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 17.6.2003, DJ 12.8.2003, p. 216, além de mais de três centenas de decisões monocráticas no mesmo sentido. Apenas um acórdão encontrado, da 5ª Turma do STJ, proferido no AgRg no AgR no Ag 308.156/AL, rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 21.9.2000, DJ 16.10.2000, p. 350, é que admitiu o cabimento do agravo de instrumento na linha sustentada por este *Curso*. Mais recentemente, importante o destaque, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da já referida Rcl-AgR 5.153/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, apontou para o cabimento do agravo de instrumento para a hipótese, declarando voto nesse sentido o Ministro Marco Aurélio.

A análise de alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça revela que a decisão que indefere o recurso ordinário nas hipóteses aqui discutidas deve ser submetida, primeiramente, ao controle do órgão colegiado competente pelo cabível “agravo interno” e, quando mantida, sujeita-se a recurso especial nos termos do art. 105, III, da Constituição. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 537.035/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un. 20.5.2004, DJ 2.8.2004, p. 504; STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 388.317/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un. 2.4.2002, DJ 20.5.2002, p. 182; e STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 367.105/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 20.3.2001, DJ 7.5.2001, p. 159. Também a 2ª Turma do STF na Pet-AgR 2.893/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 26.9.2006, DJ 20.10.2006, p. 73, indicou este mesmo caminho.

Para os casos em que o recurso ordinário é interposto nas causas que envolvem as pessoas a que se refere o art. 109, II, da Constituição Federal, o

cabimento do agravo de instrumento do art. 522 não pode, contudo, ser descartado. Não só por força da interpretação que, ao art. 540, deu o penúltimo parágrafo mas também por força da expressa previsão do parágrafo único do art. 539, que não faz qualquer distinção à decisão que pode ser objeto do recurso. A bem da verdade, qualquer decisão interlocutória, em tais casos, desafia o agravo de instrumento, o que é pacífico na jurisprudência do STJ, como fazem prova os seguintes julgados: STJ, 2ª Turma, Ag 1.003.394/CE, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 2.10.2008, DJe 29.10.2008; STJ, 2ª Turma, Ag 627.913/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 7.10.2004, DJ 7.3.2005, p. 221; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.141.540/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 3.9.2009, DJe 11.9.2009 e Ag 1.371.230/CE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 15.3.2011, DJe 21.3.2011.

Aceita a conclusão do parágrafo anterior – e, bem assim, o entendimento proposto por este *Curso* para os recursos ordinários que devem ser apresentados perante os Tribunais –, é irrecusável que o agravo de instrumento seja apresentado diretamente na secretaria do Superior Tribunal de Justiça, postado no correio ou, ainda, interposto de outra forma admitida pela legislação, assim, por exemplo, por *fax* ou por *e-mail* (art. 525, § 2º; v. n. 2.6 do Capítulo 3), e não interposto perante o órgão prolator da decisão recorrida. Neste específico sentido, é o entendimento da 3ª Turma daquele Tribunal no Ag 410.661/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 21.2.2002, DJ 1.4.2002, p. 187.

O procedimento do agravo de instrumento observará, à falta de outras regras, no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos arts. 253 e 254 de seu Regimento Interno e, no Supremo Tribunal Federal, as regras dos arts. 313 a 316 de seu Regimento Interno.

Uma palavra adicional ao agravo de instrumento previsto no parágrafo único do art. 539 justifica-se. À previsão legislativa não tem aplicação o entendimento, absolutamente pacífico em doutrina e em jurisprudência e prestigiado por este *Curso*, de que a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça teria sido ilegitimamente ampliada pela lei infraconstitucional. Para tanto, é suficiente entender que o “agravo de instrumento” lá previsto é “recurso *ordinário*” e, neste sentido,

suficientemente previsto pelos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal.

## 5. JULGAMENTO

O art. 540 determina a aplicação, ao recurso ordinário, além das regras relativas à apelação, o disposto nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No Supremo Tribunal Federal, a disciplina é pouco clara porque seus arts. 307 a 312 disciplinam, apenas, o recurso ordinário em matéria *criminal*, enquanto seus arts. 318 a 320 tratam da “apelação cível”. Ocorre, contudo, que a hipótese lá prevista – mesmo entendendo-a sinônima de “recurso *ordinário*” – passou, com a Constituição Federal de 1988, a ser competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, “c”, v. n. 2.2, *supra*). De qualquer sorte, à falta de outras regras, por força do art. 319 do RISTF, o relator do recurso ordinário em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal pedirá dia para o julgamento, após vista dos autos ao Procurador-Geral da República.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso ordinário é disciplinado pelos arts. 247 e 248 (“recurso em mandado de segurança”) e pelos arts. 249 a 252 (“apelação cível”) de seu Regimento Interno.

Quando se tratar de recurso ordinário em mandado de segurança (RMS, de acordo com a abreviatura oficial daquele Tribunal), o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, será ouvido em cinco dias, tão logo o recurso for distribuído. É o que determina o art. 35 da Lei n. 8.038/1990. Por força do que dispõe o art. 250 do RISTJ, a oitiva do Ministério Público também se justifica quando se tratar de recurso ordinário interposto nas causas previstas no inciso II do art. 109 da Constituição Federal. No Supremo Tribunal Federal, a prévia oitiva do Procurador-Geral da República é impositiva por força do disposto no já destacado art. 319 do Regimento Interno daquele Tribunal.

O recurso ordinário não tem *revisor*, prevalecendo a orientação dos arts. 23 e 319 do RISTF para o Supremo Tribunal Federal e o art. 40 da Lei n. 8.038/1990 para o Superior Tribunal de Justiça, que ecoa no art. 35 de seu próprio Regimento Interno. Coerentemente, os arts. 248, parágrafo único, e 250, parágrafo único, do RISTJ reservam ao *relator* (e não ao revisor como

determina o § 2º do art. 551; v. n. 5 do Capítulo 5) a competência para pedir dia para julgamento do recurso.

Precederá o julgamento do recurso ordinário eventual agravo retido, desde que devidamente reiterado nas razões ou contrarrazões recursais (art. 523, § 1º; v. n. 3 do Capítulo 7) ou agravo de instrumento porventura ainda não julgado (art. 559; v. n. 6 do Capítulo 6), hipóteses que têm expressa previsão nos arts. 251 e 252 do RISTJ.

Não há óbice para o recurso ordinário ser julgado *monocraticamente* pela aplicação do art. 557, *caput*, ou § 1º-A, cabendo, da decisão respectiva, o agravo interno previsto pelo § 1º do mesmo dispositivo ao órgão colegiado competente.

O julgamento *colegiado* no Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, depende da maioria absoluta da Turma, nos termos do art. 41-A da Lei n. 8.038/1990 (repetida pelo art. 181, *caput*, do seu Regimento Interno), regra que se afina à genérica do art. 555, *caput*, do Código de Processo Civil, aplicável ao recurso ordinário por força do que dispõe o art. 540. No Supremo Tribunal Federal, rente ao mesmo art. 555, *caput*, prevalece a diretriz do art. 147 de seu Regimento Interno, segundo o qual as Turmas reúnem-se com a presença de, pelo menos, três Ministros (v. n. 6 do Capítulo 5).

No mais, o julgamento do recurso ordinário não apresenta nenhuma peculiaridade digna de destaque, sendo a ele aplicáveis as considerações do Capítulo 5, a propósito dos julgamentos realizados no âmbito dos Tribunais.

## **6. RECURSOS**

Da decisão que julga o recurso ordinário, cabem, consoante o caso, outros recursos.

Como o art. 530, ao regular os embargos infringentes, não se refere a acórdão proferido em “apelação” mas, diferentemente, em “grau de apelação”, não há como recusar, pelo menos nos casos em que o recurso ordinário acarretar, por maioria de votos, reforma de *sentença* de mérito – o que pode verificar-se no Superior Tribunal de Justiça ao ensejo do exercício da competência prevista no art. 105, II, “c”, da Constituição Federal (v. 2.2, *supra*, e n. 2.3 do Capítulo 9) –, o cabimento daquele recurso. É adequada ao sistema processual civil, destarte, a previsão do art. 260 do RISTJ, que

deve ser lido, contudo, com as restrições impostas pela Lei n. 10.352/2001 ao precitado dispositivo legal.

Do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário, desde que não caibam embargos infringentes ou desde que os interpostos tenham sido julgados, cabe recurso extraordinário quando presentes as exigências do inciso III e de pelo menos uma das alíneas do art. 102 da Constituição Federal (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 11).

Em quaisquer casos, o cabimento dos embargos de declaração não pode ser recusado, quando a decisão ensejar a incidência do art. 535, assunto ao qual se volta o n. 2 do Capítulo 8.

# CAPÍTULO 11

## Recurso extraordinário e recurso especial

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O recurso extraordinário e o recurso especial, de acordo com a classificação proposta pelo n. 4.3 do Capítulo 1, são “recursos *extraordinários*”, em contraposição aos chamados “recursos *ordinários*”. Recursos *extraordinários*, neste contexto, são aqueles que têm como finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto. É esta a razão pela qual neles não há como produzir provas ou buscar o reexame daquelas já produzidas. A aplicação do direito positivo, mormente para fins de *uniformização de sua interpretação*, pressupõe que os fatos da causa estejam consolidados.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar recursos extraordinários, e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recursos especiais, destarte, desempenham papel diferenciado de quando eles próprios ou os demais Tribunais julgam “recursos *ordinários*”. Sua missão fundamental, ao julgar estes recursos, é buscar a inteireza da interpretação do direito constitucional federal e do direito infraconstitucional federal em todo o território brasileiro. Trata-se, a bem da verdade, de uma consequência inarredável ao sistema político nacional: a federação pressupõe uniformidade na aplicação e na interpretação das normas de direito *federal* em todo o território, até mesmo por força da isonomia e da impessoalidade que deve presidir as relações entre Estado e particulares (arts. 5º, *caput*, 37, *caput*, e 150, II, da Constituição Federal). Não é outra a razão pela qual o modelo que inspirou, historicamente, o nosso legislador, a conceber um recurso extraordinário nos moldes alinhavados foi o norte-americano e o seu *writ of error*. Para esta exposição, v. José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 26-38.

A circunstância de se tratar de “recursos *extraordinários*”, contudo, não inibe a aplicação da teoria geral dos recursos, exposta pelos Capítulos 1 a 5, a eles. O que se deve ter presente, todavia, é que, mercê da *finalidade* a que são destinados, o recurso extraordinário e o recurso especial apresentam algumas peculiaridades, sobretudo nas suas hipóteses de cabimento, que acabam por refletir na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tema recorrente ao longo do presente Capítulo.

Os recursos aqui examinados também são recursos de “fundamentação *vinculada*” (v. n. 4.2 do Capítulo 1), o que decorre, também, por serem “*extraordinários*”. O acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, pelo recurso extraordinário e pelo recurso especial, dependem, sempre, de um específico gravame, previamente indicado na própria Constituição Federal. Não basta ao recorrente demonstrar que a decisão é contrária aos seus interesses para que esteja aberta a via do recurso extraordinário e do recurso especial. É mister que a decisão, além disto, cause a ele um específico gravame, chave inarredável para o acesso àqueles Tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça, isto é exposto com vagar pelo n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1, foi criado pela Constituição Federal de 1988. Até então a função que hoje ele exerce ao julgar recursos *especiais* era atribuição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o recurso extraordinário também se destinava a analisar a contrariedade à *lei* federal (art. 119, III, “a”, segunda parte, da Constituição Federal de 1969). Esta *partição* de competências promovida pela Constituição Federal mais recente é importante de ser evidenciada desde logo porque ela auxilia na compreensão das hipóteses de cabimento de cada um daqueles recursos, inclusive quando a decisão recorrida impõe que os recursos sejam apresentados *concomitantes*, e no seu processamento, isto é, na análise das regras relativas à sua interposição, à sua tramitação perante o órgão *a quo* e *ad quem*, e, finalmente, seu julgamento.

## **2. HIPÓTESES DE CABIMENTO**

O art. 541, *caput*, dispõe que o recurso extraordinário e o recurso especial são cabíveis “nos casos previstos na Constituição Federal”. A regra

está em absoluta consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”. É a Constituição Federal e não a lei quem estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, inclusive a competência que os ns. 2 e 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1 chamaram, respectivamente, de extraordinária e especial.

Os arts. 541 a 543 do Código de Processo Civil, destarte, ocupam-se em disciplinar o *procedimento* do recurso extraordinário e do recurso especial, sendo interditado a eles que se ocupem de regram em que casos os recursos são ou deixam de ser *cabíveis*.

Dentre as diversas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, as que são previstas no inciso III do art. 102 e no inciso III do art. 105, ambos da Constituição Federal, merecem exame conjunto e prévio, embora não sejam de todo iguais. Após esta investigação, que ocupa os ns. 2.1 e 2.2, *infra*, a análise das alíneas de cada um daqueles dispositivos impõe uma separação na exposição da matéria. Assim, o n. 3 ocupa-se com a análise das demais hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e, em seguida, o n. 4 dedica-se à exposição relativa ao recurso especial.

## **2.1. Causa decidida (prequestionamento)**

De acordo com o art. 102 da Constituição Federal, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – 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 ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; *d*) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

A redação do art. 105 da mesma Carta, por sua vez, é a seguinte: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – 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 recorrida: *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”.

Como adiantado pelo n. 2, *supra*, por ora importa estudar a exigência *comum* ao recurso extraordinário e ao recurso especial de que para seu cabimento as “causas” devem ser “decididas”. Imediatas as questões, portanto: o que é, para os fins presentes, “causa”? O que é, para os fins presentes, “decidida”?

A palavra “causa” sempre recebeu interpretação ampla. É indiferente, para fins de cabimento de recurso extraordinário e recurso especial, que as decisões recorridas tenham ou não apreciado o mérito ou que elas sejam, na sua origem, decisões interlocutórias (Súmula 86 do STJ) ou sentenças. Também não faz diferença, para estes fins, o conteúdo do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*. A circunstância de a decisão ter sido proferida no âmbito da “jurisdição *contenciosa*” ou da “jurisdição *voluntária*” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1) também não inibe, por si só, o cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, embora as Súmulas 637 do STF (“não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município”), 733 do STF (“não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”) e 311 do STJ (“os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”) recusem o cabimento daqueles recursos por entenderem as decisões respectivas substancialmente *administrativas*.

Mas não basta que se trate de uma “causa”. Ela deve ser *decidida*. É de “causas *decididas*” que cabem o recurso extraordinário e o recurso especial.

“Causas decididas” querem significar, antes de tudo, que a decisão que se submete ao recurso extraordinário e ao recurso são decisões que não comportam mais quaisquer outros recursos perante os demais órgãos jurisdicionais. Pressupõe-se, para empregar expressão comuníssima, “exaurimento de instância”. É a diretriz segura da Súmula 281 do STF e da Súmula 207 do STJ, assunto que é retomado pelo número seguinte.

Não só, contudo: a expressão “causa decidida” desempenha a mesma função que tradicionalmente exerceu a palavra “prequestionamento”, cunhada, ao que tudo indica, a partir das previsões constantes das Constituições Federais de 1891 a 1946 – e foi sob a égide da Constituição de 1946 que duas importantes Súmulas do STF sobre o assunto, a 282 e a 356, foram editadas –, que se referiam ao cabimento do recurso

extraordinário, dentre outras hipóteses, quando se *questionasse* sobre a validade de lei federal em face da Constituição.

O “prequestionamento”, palavra amplamente referida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de a Constituição Federal não empregar, desde a de 1967, a fórmula destacada, deve ser entendido, para todos os fins, como sinônimo de “causa decidida”: para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi *decidido*. É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros Tribunais. Sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida as normas federais, constitucionais ou legais, foram ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional.

O “prequestionamento”, porém, diferentemente do que insinua o seu nome, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida, e não pelo debate ou pela suscitação da questão *antes* de seu proferimento. A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, *decidido*, pela decisão atacada. É esta a razão pela qual, não obstante os usos e costumes que, largamente, empregam o vocábulo para descrever os contornos do recurso extraordinário e do recurso especial, é mais do que preferível que ele seja substituído por aquilo que a Constituição Federal, em seus arts. 102, III, e 105, III, realmente exige para os recursos aqui examinados: que a causa seja *decidida*. Para adequada compreensão dos problemas relativos ao tema, até para supedanear a proposta aqui feita, contudo, não há como, desde logo, recusar o seu emprego.

O que importa para fins de recurso extraordinário e de recurso especial é que a decisão, tal qual proferida, verse sobre a aplicação (ou a não aplicação) de uma dada tese jurídica fundada no direito constitucional *federal* ou nas normas de direito positivo *federais* ao caso concreto. É o que a prática forense consagrou com os nomes de “questão *constitucional*” ou

“questão *federal*” – assim entendida a “questão federal *infraconstitucional*” –, viabilizadoras, uma e outra, do recurso extraordinário e do recurso especial, respectivamente.

Tanto assim que a Súmula 320 do STJ entende não ser suficiente, para fins de “prequestionamento”, que a “questão federal” tenha sido “ventilada”, isto é, tratada, somente no voto vencido. É que o voto vencido, porque o é, não dá ensejo à interposição de recurso especial (nem de extraordinário) mesmo nos casos em que não são admissíveis os embargos infringentes (v. n. 2 do Capítulo 9). É do *acórdão* que se recorre, isto é, da reunião dos votos e opiniões do órgão colegiado, e não de cada um dos votos individualmente considerados. Isto, contudo, não significa que o exame do voto vencido não pode ser importante para verificar em que medida houve, no acórdão, divergência sobre determinada questão *constitucional* ou *legal* e, assim, viabilizar uma melhor compreensão do que e por quais fundamentos foi efetivamente *decidido* para fins de *cabimento* do recurso extraordinário ou recurso especial.

É bastante comum falar de “prequestionamento *explícito*”, de “prequestionamento *implícito*”, de “prequestionamento *numérico*” e de “prequestionamento *ficto*”. As expressões são devidas muito mais pelos usos e costumes forenses do que por uma imposição do “modelo constitucional do direito processual civil” hoje vigente e que, como posto pelo n. 1, *supra*, condiciona as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial. Seu exame, justifica-se pela enorme influência que exercem na compreensão do assunto aqui discutido.

O chamado “prequestionamento *explícito*” quer significar que a “questão *constitucional*” e a “questão *federal*”, é dizer, a *tese* de direito constitucional ou de direito *infraconstitucional*, são claramente, objetivamente, palpavelmente, facilmente identificadas na decisão recorrida. Seja porque se trata de tese já conhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, seja porque a fundamentação da decisão permite, de sua leitura, o evidenciamento da questão que foi discutida e julgada no caso concreto. É o que está estampado na Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. O termo “ventilada” de que se vale o

enunciado deve ser entendido por *decidida* ou, para evitar indesejável repetição de palavras, *referida* ou *tratada*.

Por vezes, entende-se que a decisão deve fazer expressa menção ao número do dispositivo da Constituição Federal ou da lei federal tidos por ela contrariados. A exigência, que alguns chamam de “prequestionamento *numérico*”, é absolutamente descabida e não tem nenhum fundamento, sendo mero rigorismo formal de nenhuma valia técnica. O que não há como negar é que naqueles casos, onde se lê, da decisão recorrida, a menção a algum texto de direito positivo, a constatação de qual “questão” ou “tese” foi ou deixou de ser *decidida* fica mais perceptível e, neste sentido, mais evidente a ocorrência do que os usos e costumes consagraram sob o nome de “prequestionamento *explícito*”. Importa destacar, no entanto, que “prequestionamento” não tem nenhuma relação com a menção *expressa* de dispositivo, constitucional ou legal, que dá fundamento à decisão da qual se pretende recorrer.

Pelo seu didatismo, convém transcrever a seguinte ementa, que bem equaciona a questão, sem prejuízo do que os parágrafos seguintes tratam acerca do tema:

“Processual. Recurso especial. Prequestionamento implícito. Discussão do tema federal. Falta de referência aos números que identificam as normas legais no ordenamento jurídico. Prequestionamento explícito. Considera-se explícito o prequestionamento, quando o tribunal *a quo*, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar números que os identificam no ordenamento jurídico, enfrenta as regras neles contidas” (STJ, Corte Especial, EREsp 165.212/MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 20.10.1999, DJ 17.9.2001, p. 100).

Também por força da contundência de seus argumentos e de seu caráter didático, é o caso de ler os seguintes excertos de duas decisões proferidos pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, hoje aposentado:

“O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente

a matéria objeto da norma que nele se contenha” (STF, Pleno, RE 141.788/CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v. 6.5.1993, DJ 18.6.1993, p. 12114).

“Assim, por exemplo, se uma demanda se tiver fundado na pretensão de inaplicabilidade de determinada lei ao caso, porque ofensiva da garantia constitucional do direito adquirido, e o acórdão tiver enfrentado a alegação para acolhê-la ou repeli-la, o tema do art. 5º, XXXVI, da Constituição, ainda que sequer mencionado na decisão, se reputa prequestionado para fins de recurso extraordinário” (STF, AI-AgR 410.497/PA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.2.2005, DJ 22.3.2005, p. 14. No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, RE-AgR 328.812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 10.12.2002, DJ 11.04.2003, p. 42).

O chamado “prequestionamento *implícito*”, diferente do que se dá com o “explícito” e com o “numérico”, significa que a decisão recorrida, não obstante dizer respeito a uma “questão *constitucional*” ou “questão *federal*”, vale insistir, a uma específica *tese* de direito constitucional ou de direito federal, não é tão clara quanto à sua conformação e aos seus limites. A expressão, amplamente consagrada na jurisprudência e nos usos e costumes do foro, quer descrever as causas em que o que foi e o que deixou de ser decidido não é tão claro quanto deveria ou poderia ser.

A expressão menos clara de um julgado quanto ao que decidiu e ao que deixou de decidir da perspectiva do direito constitucional federal ou da legislação federal, contudo, não é significativo de não haver “causa decidida”, única exigência feita pelo inciso III do art. 102 e pelo inciso III do art. 105 da Constituição Federal para os objetivos presentes. Assim, para os fins impostos pelo “modelo constitucional do direito processual civil”, não há como duvidar do preenchimento da exigência aqui examinada.

De qualquer sorte, justamente porque de decisões menos claras e, por isto mesmo, *obscuras*, cabem embargos de declaração (art. 535, I; v. n. 2 do Capítulo 8), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já no início da década de 1960, acabou por entender que a tão só apresentação dos declaratórios com o ânimo de aclarar o que havia sido decidido, mesmo quando rejeitados, era o suficiente para configurar o “prequestionamento”. É o que se extrai de sua Súmula 356, que acabou, quando interpretada *a contrario sensu*, rendendo ensejo à construção da quarta figura de

“prequestionamento” anunciada, o “prequestionamento *ficto*”. É ler seu enunciado: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

O Superior Tribunal de Justiça, nos primeiros anos de sua existência, posicionou-se sobre o tema quando acentuou que a parte que apresenta embargos declaratórios para fins de prequestionamento – isto é, com vistas a deixar mais claro, mais evidente, mais “explícito” o que havia sido decidido para fins de recurso especial – não poderia ser sancionada nos termos do parágrafo único do art. 538. É o que dispõe sua Súmula 98: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Em meados da década de 1990, contudo, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a mera apresentação dos declaratórios – consideravelmente ampliada pela alforria da precitada Súmula 98 – não era suficiente para fins de “prequestionamento”, isto é para que houvesse decisão apta de reexame por aquele Tribunal. Era mister que os declaratórios fossem efetivamente providos para que, de acordo com o entendimento que acabou por prevalecer, surgisse a “causa decidida” (o “prequestionamento”) para os fins do art. 105, III, da Constituição Federal. É o que se lê, com todas as letras, da Súmula 211 daquele Tribunal: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

A Súmula 211 do STJ colide com a orientação da Súmula 356 do STF, não há razão para deixar de constatar esta realidade, como fazem, aliás, alguns precedentes da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal: RE 231.452/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 31.8.2004, DJ 24.9.2004, p. 43; AI-AgR 317.281/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 28.6.2001, DJ 11.10.2001, p. 12; e RE 219.934/SP, rel. Min. Octávio Gallotti, j.m. v. 14.6.2000, DJ 16.2.2001, p. 140 e também do Superior Tribunal de Justiça: 1ª Seção, EREsp 896.528/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 28.5.2008, DJe 4.8.2008; CE, EREsp 505.183/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j.m.v. 1.8.2006, DJe 6.3.2008; e 2ª Turma, REsp 866.299/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 23.6.2009, DJe 6.8.2009. Em Questão de Ordem suscitada no

REsp 968.378/RS, julgada em 30.6.2009, a Corte Especial do STJ manteve, por maioria, a orientação da Súmula 211.

São bastante ilustrativos, a este respeito, os seguinte trechos das ementas dos acórdãos proferidos nos precitados AI-AgR 317.281/RS e nos EREsp 505.183/RS, respectivamente:

“I – (...) II – Recurso extraordinário: omissão não suprida em julgamento de embargos declaratórios: prequestionamento: Súmula 356. A recusa do órgão julgador em suprir omissão apontada pela parte através da oposição pertinente dos embargos declaratórios não impede que a matéria omitida seja examinada pelo STF, como decorre *a fortiori* da Súmula 356, que é aplicável tanto ao recurso extraordinário, quanto ao recurso especial, a despeito do que estabelece a Súmula 211 do STJ”.

“O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento: para o primeiro, basta a oposição de embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário (Súmula n. 356); para o segundo, o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal *a quo* tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial (Súmula n. 211)”.

A este *Curso*, com as vênias de estilo, parece que a diretriz motivadora da Súmula 211 do STJ e, anteriormente a ela, da Súmula 282 do STF, é a que mais corretamente atende ao “modelo constitucional do direito processual civil” que hoje deriva do art. 102, III, e do art. 105, III, da Constituição Federal. Para tal “modelo”, é irrecusável que, para o cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, haja “causas *decididas*” e, por isto, eventuais embargos declaratórios devem ser previamente julgados pelo órgão *a quo* até mesmo para fins de “exaurimento de instância”. Recorre-se, pertinente a ênfase, do que efetivamente foi decidido e não do que, a despeito de ter sido pedido, não o foi. Só se concebe recurso nesta última situação quando a razão pela qual não se decidiu o que foi pedido é *processualmente* errada, isto é, quando a decisão, tal qual proferida, incidir em *error in procedendo*. Mesmo nesse caso, todavia, recorre-se do que efetivamente foi decidido, posto de forma errada, e não do que, não fosse o erro, deveria ter sido decidido.

Justamente em função desta última ressalva é que a afirmação do parágrafo anterior não significa que os embargos declaratórios devem ser apresentados em quaisquer casos como se eles criassem condições de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, como se fossem eles que “prequestionassem” a matéria. É indispensável discernir três hipóteses diversas a esse respeito.

A primeira pressupõe que não houve decisão sobre “questão constitucional” e/ou sobre “questão federal”. Nestas condições, o caso não é de recurso extraordinário nem de recurso especial à falta do que impõem os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. É indiferente, para a hipótese, que a parte apresente embargos declaratórios porque não há nenhuma contrariedade, obscuridade ou omissão na decisão quanto a teses de direito constitucional ou infraconstitucional federal. Diferentemente do que sugerem as Súmulas 356 do STF e 98 do STJ, os embargos, em tais casos, não têm o condão de “prequestionar” nada porque não há tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal a ser *decidida*. O recurso extraordinário e o recurso especial, vale a ênfase, pressupõem sempre causas *decididas* daquela perspectiva, observando, no particular, cada uma das alíneas do inciso III do art. 102 e do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

A segunda hipótese pressupõe que a decisão deveria pronunciar-se sobre “questão constitucional” e/ou sobre “questão federal” mas não o fez. Em tais situações, o uso dos declaratórios é indispensável para que aquelas teses sejam devidamente enfrentadas. Se os declaratórios são rejeitados, contudo, põe-se a questão de saber se a decisão respectiva foi proferida acertadamente ou não. É para esta hipótese – e só para ela – que tem aplicação a diretriz da Súmula 211 do STJ, ensejando a apresentação de recurso especial com fundamento na violação ao art. 535 pelo órgão *a quo* para corrigir a deficiência no julgamento realizado por ele (v. nesse sentido, bem didático: STJ, 1ª Seção, EREsp 162.765/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j.un. 25.4.2001, DJ 27.8.2001, p. 219). Para estas situações, não há como descartar, outrossim, o cabimento de recurso extraordinário por violação ao art. 5º, XXXV e LV, e ao art. 93, IX, todos da Constituição Federal, como já teve oportunidade de decidir o Ministro Marco Aurélio no AI 214.073/MG, j. 29.5.1998, DJ 22.6.1998, p. 63, e a 2ª Turma do STF no RE 172.084/MG,

rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 29.11.1994, DJ 3.3.1995, p. 4111. Mais recentemente, contudo, a iniciativa foi barrada pela maioria dos Ministros do STF, contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Carmen Lúcia, que a entendeu de cunho infraconstitucional. Trata-se do RE 417.819/DF, rel. p./acórdão Ricardo Lewandowski, j.m.v. 12.6.2012, DJe 21.6.2012, orientação que vem encontrando eco na jurisprudência daquele Tribunal como faz prova a pesquisa feita em decisão monocrática proferida pelo Ministro Teori Albino Zavascki no RE 249.530/RJ, j. 1º.8.2013, DJe 7.8.2013. Não obstante esta ressalva, são encontradas algumas decisões do STF no sentido de que a mera apresentação dos declaratórios não basta para fins de “prequestionamento”, afastando, por isso mesmo, a diretriz extraída da sua Súmula 356 enfatizando o prevalecimento da orientação contida na Súmula 282. É o caso dos seguintes recursos: 1ª Turma, RE-AgR 611.937/BA, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 23.8.2011, DJe 13.9.2011; 1ª Turma, RE-AgR 728.753/SC, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.6.2013, DJe 1.8.2013; 1ª Turma, AI-AgR 739.580/SP, rel. Min. Rosa Weber, j.un. 11.12.2012, DJe 6.2.2013; e 1ª Turma, RE-AgR 591.961/RJ, rel. Min. Rosa Weber, j.un. 5.2.2013, DJe 26.2.2013.

Importa destacar que, em tais casos, o recurso especial (e, se for o caso, o recurso extraordinário) assume caráter meramente *rescindente* do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*, isto é: dá-se provimento ao recurso especial para *anular* o acórdão, determinando-se que aquele órgão julgue os declaratórios para decidir sobre a matéria neles veiculada, até então não decidida.

Um exemplo tem o condão de ilustrar bem essa segunda hipótese: do acórdão que confirmara a sentença, o réu apresenta embargos de declaração sustentando, pela primeira vez no processo, a ilegitimidade ativa. O Tribunal rejeita os declaratórios porque, no seu entender, a alegação é intempestiva. Neste caso, a única “questão *federal*” a ser enfrentada é a de saber se os declaratórios deveriam ou não ser enfrentados. O recurso especial, por isso mesmo, deve cogitar da contrariedade ao art. 535 e, se provido, novo acórdão deverá ser proferido, suprimindo-se aquele *error in procedendo*. Do novo acórdão a ser proferido pelo órgão *a quo*, caberá novo recurso especial, este sim cogitando de um eventual *error in judicando*: a parte é, ou não, legítima; a sentença deve, ou não, ser mantida.

A terceira e última hipótese pressupõe que a decisão tal qual proferida revela o enfrentamento suficiente de uma dada tese de direito constitucional e/ou de direito infraconstitucional federal. Dela, sem necessidade de qualquer outra providência, cabem o recurso extraordinário e o recurso especial, cumprindo ao recorrente apenas evidenciar a específica *perspectiva* de que a decisão enfrentou a “questão constitucional” e/ou a “questão federal”, assunto ao qual se voltam os ns. 3 e 4, *infra*. É o caso, por exemplo, de o acórdão confirmar a sentença que acolhera pedido de compensação de tributos recolhidos a maior pelo contribuinte diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que indevidamente os cobrara no mesmo ano de sua instituição. A “questão *constitucional*” (o tributo é, ou não, constitucional) e a “questão *federal*” (há possibilidade de compensação do tributo pago a maior?) estão suficientemente postas no acórdão tal qual proferido. Se a *forma* pela qual estas duas questões estão enfrentadas pelo acórdão, aí considerada, inclusive, a referência a determinados dispositivos constitucionais e/ou legais a dar sustento à conclusão do acórdão, é mais ou menos clara, mais ou menos evidente, é questão de nenhuma importância para o *cabimento* do recurso. E mais: saber se o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei e a admissão da compensação tributária daí decorrente são corretos ou não diz respeito ao *mérito* do recurso, não à sua *admissibilidade*.

A prática forense, todavia, temerosa da extremamente rígida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e da sua concepção de “prequestionamento *explícito*”, em geral desconsidera a substancial diferença entre essas três hipóteses, e o que se constata, no dia a dia do foro, é a utilização dos embargos de declaração com nítido propósito “prequestionador” – há, até, aqueles que o chamam, por isso mesmo, de “embargos de declaração *prequestionadores*” –, por força das Súmulas 356 do STF, 98 e 211 do STJ com o que, pelas razões expostas, não concorda este *Curso*.

Há, ademais, um ingrediente extra que fomenta a consideração do último parágrafo. A aplicação diuturna da Súmula 356 do STF e da Súmula 211 do STJ revela, embora de ângulos opostos, que o reconhecimento da contrariedade ao art. 535 (ou, se for o caso, dos arts. 5º, XXXV, LV, e 93, IX, da Constituição Federal) fora dos casos identificados acima como “segunda

hipótese” pressupõe que o Superior Tribunal de Justiça (ou o Supremo Tribunal Federal) identifique o ponto obscuro, contraditório ou omissivo do acórdão recorrido e, nesta exata medida, não há como recusar que aquele Tribunal tem condições de constatar, com precisão e desde logo, a “questão *federal*” (ou a “questão *constitucional*”) tal qual *decidida*. Se não fosse pela percepção de que há algo a ser completado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, não haveria espaço para o reconhecimento de seu *error in procedendo*. Trata-se de situação eloquentemente descrita pela palavra “*ficto*” aposta ao lado de “prequestionamento” e que se relaciona à Súmula 356.

Em tais situações, contudo, admitir que o recurso especial (ou o extraordinário) desempenhe função meramente *rescindente* é conspirar contra o “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), no que é expresso o seguinte julgado: STJ, 5ª Turma, REsp 525.718/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un. 5.8.2003, DJ 13.10.2003, p. 436. Já que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça conseguem, desde logo, constatar qual é a “questão constitucional” e/ou a “questão federal”, é certamente preferível que eles julguem de uma vez o recurso extraordinário e o recurso especial diante do reconhecimento da “causa decidida”, ainda que de forma menos clara. Analisada dessa perspectiva, a hipótese deixa de pertencer à segunda categoria indicada e passa a fazer parte da terceira.

Consequência perceptível dessas observações é que, na insegurança sobre saber se a decisão, tal qual proferida, está ou não suficientemente “prequestionada”, como se diz na prática, tornou-se bastante usual a interposição de recurso extraordinário e de recurso especial alegando, *sucessivamente*, o *error in procedendo* (por causa da constante apresentação dos declaratórios para fins de “prequestionamento”) e o *error in judicando*, a ser apreciado na medida em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconheçam que a matéria está suficientemente “prequestionada”. Uma vez mais, a junção da segunda e da terceira hipóteses acima indicadas é irrecusável.

Para superar todas essas dificuldades, que têm irrecusáveis aplicações práticas, é que este *Curso* acentua a impertinência da frequentíssima indagação sobre se uma dada matéria está, ou não, “prequestionada”, se um

dispositivo da Constituição ou de um diploma legislativo federal está, ou não, “prequestionado”. O correto – e o suficiente, à luz do “modelo constitucional do direito processual civil” – é saber o que se decidiu, como e por que fundamentos, constitucionais ou infraconstitucionais, decidiu-se, e disto, do que se decidiu, inclusive da perspectiva da possível ocorrência de vício de *procedimento*, é que cabe o recurso extraordinário ou o recurso especial, conforme o caso.

O que realmente importa, para fins de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial na perspectiva examinada neste número, portanto, é que haja “causa *decidida*” no sentido de que a decisão recorrida diga respeito a uma “questão *constitucional*” ou a uma “questão *federal*”. A intensidade em que a ocorrência desta questão se mostra ou se faz perceber no caso concreto não é, em si mesma, óbice ao processamento dos recursos. É suficiente que ela exista, não havendo nenhuma *forma* ou *modelo* que possa legitimamente condicionar o cabimento dos recursos por esse fundamento, descabidos, por isso mesmo, quaisquer qualificativos de grau ao impropriamente chamado “prequestionamento”. A existência, na decisão recorrida, de “causa decidida” não se confunde com a sua identificação mais ou menos evidente, isto é, com a *forma de expressão* de seu conteúdo.

Ademais, a patente falta de um critério uniforme acerca do que pode ser entendido por “prequestionamento” marcada, historicamente, pelo rigor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, é indicativo de que a nomenclatura deve ser abandonada. Até porque a ausência de “questão *constitucional*” e/ou de “questão *federal*” não é suprida pela apresentação dos embargos de declaração, como retratou a “primeira hipótese” indicada precedentemente. Não existem “embargos de declaração *prequestionadores*”.

É esta a razão pela qual este *Curso*, como já anunciado, entende importante substituir, do ponto de vista dogmático e pragmático, a palavra “prequestionamento” pela expressão, de inspiração constitucional, “causa decidida”. Havendo “causa decidida” acerca de uma dada tese de direito constitucional e/ou de direito federal infraconstitucional, o recurso extraordinário e o recurso especial são cabíveis.

O próprio exame das alíneas do art. 102, III, e do art. 105, III, da Constituição Federal, objeto dos ns. 3.1 a 3.4, e 4.1 a 4.3, *infra*, acaba

corroborando esse entendimento por oferecer diferentes *perspectivas* em que uma dada “questão *constitucional*” ou “questão *federal*” legitima o exercício da competência recursal extraordinária e especial pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Aquelas perspectivas, além da “repercussão geral” para o recurso extraordinário (v. n. 3.5, *infra*), e não quaisquer outras, é que devem ser observadas e cumpridas para viabilizar o acesso àqueles Tribunais por intermédio dos recursos aqui analisados.

## 2.2. Única ou última instância

Superadas as dificuldades relativas à “causa *decidida*”, resta examinar, ainda com a atenção voltada ao inciso III do art. 102 e ao inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o que deve ser entendido por “única ou última instância”, sendo certo que, para o Superior Tribunal de Justiça, há uma exigência a mais, consistente em que a causa tenha sido decidida em única ou última instância “pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”.

Com efeito. Não basta que tenha havido decisão anterior para que aqueles Tribunais estejam habilitados a julgar o recurso extraordinário e o recurso especial; ela precisa ser “final” no sentido de que contra ela não cabem mais quaisquer “recursos ordinários”, isto é, recursos perante as instâncias locais que viabilizem uma ampla revisão do que decidido, inclusive do ponto de vista fático, orientação espelhada, vale a ênfase do que escrito no número anterior, na Súmula 281 do STF e na Súmula 207 do STJ.

Se, por exemplo, o acórdão proferido por um Tribunal de Justiça ou por um Tribunal Regional Federal é contrastável pelo recurso de embargos infringentes (art. 530; v. n. 2 do Capítulo 9), sua interposição e julgamento são obrigatórios para que a decisão seja “final” para os fins aqui discutidos. Se a hipótese for de embargos infringentes parciais, o prazo para interposição do recurso extraordinário e do recurso especial é *sobrestado* por força do art. 498 (v. n. 5 do Capítulo 9). A respeito do tema, há interessante acórdão da 4ª Turma do STJ (AgRg no Ag 1.341.584/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 19.4.2012, DJe 25.4.2012), que entendeu “decisão final” para fins de admissibilidade de recurso especial o acórdão que julgara embargos de declaração apresentados da decisão monocrática do

relator, considerando que, no caso, a questão de direito infraconstitucional acabara sendo exaustivamente tratada, como se verdadeiro agravo interno tivesse sido interposto e analisado pelo órgão julgador *a quo*. A questão, contudo, recebeu entendimento diverso da Corte Especial do mesmo Tribunal, sustentando não exaurida a instância e, por isso, incabível o Recurso Especial (AgRg no REsp 1.231.070/ES, rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.5.2011, DJe 10.10.2012).

O esgotamento dos recursos perante as demais instâncias jurisdicionais é exigência que caracteriza, como tais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça na sua missão de uniformizar a aplicação do direito constitucional e do direito infraconstitucional federal em todo território brasileiro. Estes Tribunais, quando julgam o recurso extraordinário e o recurso especial, agem, verdadeiramente, como “instâncias de sobreposição”, e, por isto, é exigência constitucional que a decisão já não comporte qualquer revisão recursal pelos demais órgãos jurisdicionais. É o que comumente se denomina “decisão *final*” ou, ainda, “exaurimento de instância”, expressões que devem ser entendidas amplamente para significar que já foram interpostos e julgados todos os recursos cabíveis perante os demais órgãos jurisdicionais, razão por que o recurso extraordinário e o recurso especial mostram-se como as únicas formas de revisão do julgado e, mesmo assim, desde que as demais exigências constitucionais se façam presentes.

O inciso III do art. 105 da Constituição Federal impõe que a decisão recorrida especialmente tenha sido proferida por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal. A exigência constitucional tem razão de ser, máxime quando contrastada com a redação do inciso III do art. 102 da mesma Carta. É que o recurso especial pressupõe prévia (e final, no sentido evidenciado pelos parágrafos anteriores) manifestação de um daqueles Tribunais (e nenhum outro), não sendo cabível, por isto mesmo, aquele recurso contra as decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais (Súmula 203 do STJ).

O recurso extraordinário, de sua parte, pressupõe decisão *final* (no sentido colocado em destaque), mas não necessariamente que ela provenha de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal. É correta a interposição de recurso extraordinário, desde que presentes os seus demais

pressupostos, de decisões de primeira instância, como ocorre, por exemplo, na hipótese regradada pelo art. 34 da Lei n. 6.830/1980 (Súmula 640 do STF; v. n. 1 do Capítulo 9), das decisões proferidas pelas Turmas recursais dos Juizados Especiais (Súmula 640 do STF), das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e também das decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Justiça Militar, pelo Superior Tribunal Militar, e da Justiça Eleitoral, pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Sobre o cabimento de recurso extraordinário dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, é importante colocar em relevo que, no RE 417.819/DF, está em discussão, perante a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, os limites da interpretação, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos dispositivos constitucionais autorizadores do recurso especial. Os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia votaram no sentido de que é o Supremo Tribunal Federal quem detém a última palavra sobre a interpretação do art. 105, III, da Constituição Federal, sendo inviável admitir, sob o pálio do “modelo constitucional do direito processual civil”, que, ao menos em tese, não caiba, da decisão negativa de trânsito a recurso especial proferida pelo Superior Tribunal, recurso para o Supremo Tribunal Federal. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto entenderam que o recurso extraordinário, tal qual interposto, envolvia unicamente questões infraconstitucionais. Aguarda-se o proferimento do voto de desempate (DJe-31, 21.2.2008).

### **3. ESPECIFICAMENTE AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Analisados os incisos III do art. 102 e III do art. 105, ambos da Constituição Federal, é importante examinar as específicas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial previstas nas alíneas daqueles dispositivos. Como adiantado pelo n. 2, *supra*, a exposição é bifurcada para fins didáticos, embora haja, como não poderia deixar de ser, mormente por causa da *finalidade* dos recursos estudados por este Capítulo, diversos pontos em comum.

Vale destacar que, enquanto as exigências examinadas pelos números anteriores são *cumulativas*, assim como o é a existência de “repercussão geral” (v. n. 3.5, *infra*), as hipóteses expostas pelos ns. 3.1 a 3.4 são *alternativas*, isto é, o cabimento do recurso extraordinário depende, a um só tempo, de “causa decidida” por “única ou última instância” desde que ela tenha “contrariado a Constituição” *ou* “declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” *ou* “julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição” *ou* “julgado válida lei local contestada em face de lei federal”.

Importa frisar, ademais, o exposto pelo n. 2.1, *supra*: cada uma dessas hipóteses recursais – ou como se costuma ler na jurisprudência dos Tribunais Superiores, cada um desses “permissivos” – deve ser compreendida como *perspectivas* diversas da “questão constitucional”, imposta, pelo art. 102, III, da Constituição Federal, para fins de admissibilidade do recurso extraordinário.

### **3.1. Contrariar dispositivo da Constituição Federal**

A hipótese da alínea “a” do art. 102, III, da Constituição Federal, pela qual o recurso extraordinário cabe da decisão que “contrariar dispositivo desta Constituição”, é a mais comum de todas.

O verbo “contrariar” merece interpretação ampla, como sinônimo de violar, contrastar, infringir. Qualquer decisão, conquanto presentes as exigências do art. 102, III, da Constituição Federal, que, de alguma forma, aplica dispositivo da Constituição Federal rende ensejo ao seu contraste perante o Supremo Tribunal Federal para que aquele Tribunal verifique o acerto ou o desacerto da interpretação adotada pela decisão recorrida.

É indiferente, para estes fins, ao contrário do que sugere a redação do dispositivo, que a decisão tenha mesmo *contrariado* a Constituição Federal. Para fins de cabimento do recurso, basta a *alegação*, fundamentada suficientemente (v. n. 2.6 do Capítulo 3), de que se trata de decisão que contraria a Constituição. A efetiva contrariedade é *mérito* do recurso e não diz respeito, conseqüentemente, a seu *cabimento*.

A aproximação entre os “juízos de *admissibilidade*” e os “juízos de *mérito*” dos recursos de fundamentação vinculada (isto é exposto pelo n. 4.2

do Capítulo 1) é inerente à espécie. Contudo, não há razão, mormente quando examinada a questão desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, para que a contrariedade à Constituição tenha qualquer colorido que destoe das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário: tratando-se de decisão que elege a Constituição Federal como fundamento, seu contraste pode ser feito pelo recurso extraordinário.

O “contrariar dispositivo da Constituição” não pode, ademais, ser confundido com outra exigência constitucional, de que a causa tenha sido *decidida*, isto é, que a matéria *constitucional* tenha sido *prequestionada*. O que importa, para fins de preenchimento da alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, é que a decisão, tal qual proferida, tenha fundamento na Constituição Federal, que ela aplique ou deixe de aplicar algum princípio, explícito ou implícito, ou alguma regra constitucional federal. Se a *forma* pela qual esta aplicação é mais ou menos clara, isto não significa que a decisão não possa enquadrar-se na hipótese de cabimento aqui examinada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, sempre foi e continua a ser bastante restritiva a este respeito, exigindo que a inconstitucionalidade que desafia o recurso extraordinário com fundamento na “letra a” seja *direta*, e não *indireta*, *reflexa* ou *oblíqua*. O entendimento poderia até querer justificar a necessidade de redução do número de recursos extraordinários em trâmite perante aquela Corte. No sistema atual, em que há um legítimo filtro de contenção daqueles recursos (v. n. 3.5, *infra*), não há mais razão para distinguir aquelas situações. O que importa é que a decisão tenha substrato, tenha fundamento, tenha se baseado em uma tese de direito constitucional federal. Se ela está certa ou errada, é dizer, se o “dispositivo” da Constituição Federal foi bem ou mal aplicado, isto diz respeito não ao *cabimento* do recurso extraordinário mas a seu *juízo*.

Embora a Constituição Federal seja silente a respeito, diferentemente do que se dá para o recurso especial (v. n. 4.3, *infra*), é correto o entendimento de que, havendo divergência entre dois ou mais Tribunais sobre a interpretação de normas *constitucionais federais* – e a observação é pertinente também para as demais hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, examinadas pelos números seguintes –, o recurso extraordinário fundamentado na letra “a” do art. 102, III, da Constituição

Federal deve ser admitido porque a *objetiva* constatação de uma tal divergência significa, por si só, que há a contrariedade exigida pelo “modelo constitucional” e que ela é “explícita” e “direta”, para fazer uso de expressões bem ao gosto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a hipótese recursal aqui estudada.

### **3.2. Declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado federal**

A segunda hipótese de cabimento do recurso extraordinário prevista na alínea “b” do art. 102, III, da Constituição Federal, relaciona-se com o exercício do “controle *incidental* da constitucionalidade” pelos demais órgãos jurisdicionais. Quando a decisão recorrida reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou de tratado federal, dela cabe recurso extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre o tema, reconhecendo correta ou incorreta aquela declaração.

É indiferente, para fins de cabimento do recurso extraordinário, que a decisão recorrida, quando proveniente dos Tribunais, tenha se valido do *procedimento* estabelecido pelos arts. 480 a 482 em função do que exige o art. 97 da Constituição Federal. É que, como demonstra o n. 5 do Capítulo 4 da Parte II, nem sempre aquelas regras precisam ser observadas.

O que importa é que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou tratado federal siga o procedimento adequado (STF, 1ª Turma, RE-AgR 396.696/SP, rel. Min. Eros Grau, j.un. 30.11.2004, DJ 17.12.2004, p. 55; e STF, 2ª Turma, AI-AgR 662.512/RJ, rel. Min. Eros Grau, j.un. 27.11.2007, DJe 31.1.2008), inclusive no que diz respeito à sua eventual *dispensa* e que seja suficientemente documentada. Assim, quando o Tribunal Pleno ou o órgão especial manifestarem-se sobre a *inconstitucionalidade* da lei ou do tratado federal, a juntada de seu respectivo acórdão é indispensável, ainda que seja o acórdão que aplica *concretamente* aquele entendimento recorrido (v. n. 7 do Capítulo 4 da Parte II), consoante entendimento absolutamente pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (1ª Turma, RE 199.127/RS, rel. Min. Moreira Alves, j.un. 28.9.1999, DJ 5.11.1999, p. 27; 2ª Turma, RE-AgR 192.882/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 17.11.1995, DJ 16.2.1996, p. 3015; e 1ª Turma, RE-AgR 158.540/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 6.4.1993, DJ 23.5.1997, p. 21735). A exigência justifica-se

porque a hipótese é de uma só manifestação de dois órgãos jurisdicionais diversos e porque a fundamentação quanto à inconstitucionalidade da lei ou do tratado federal está no acórdão proferido por força da incidência do art. 97 da Constituição Federal, e não no que julga o recurso, observando-o. Nos casos em que é legítima a dispensa do envio do recurso ao Pleno ou ao órgão especial (v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II), o precedente que a autoriza deve também ser juntado aos autos para que o recorrente e, oportunamente, o próprio Supremo Tribunal Federal, tenham conhecimento dos fundamentos da decisão que considerou inconstitucional lei ou tratado federal.

Quando a manifestação que dispensa o estabelecimento daquele incidente for do próprio Supremo Tribunal Federal, é suficiente a sua indicação para que seja viabilizado o recurso extraordinário.

De outra parte, similarmente ao que analisado pelo n. 3 do Capítulo 4 da Parte II, não é caso de recurso extraordinário fundado na letra “b” do art. 102, III, da Constituição Federal quando o acórdão do Tribunal de origem limitar-se a decidir que determinado ato normativo a ela anterior não foi recepcionado pela atual ordem constitucional (STF, 1ª Turma, RE-AgR 400.969/SP, rel. Min. Carlos Britto, j.un. 1.3.2005, DJ 27.5.2005, p. 18; STF, 2ª Turma, RE 396.386/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j.un. 29.6.2004, DJ 13.8.2004, p. 285; e STF, 1ª Turma, RE 210.912/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 10.3.1998, DJ 3.4.1998, p. 18). É que, em tais casos, não há propriamente *declaração de inconstitucionalidade* para os fins aqui discutidos. A hipótese é de cabimento do recurso extraordinário pela letra “a” do mesmo inciso III do art. 102.

### **3.3. Validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal**

A alínea “c” do art. 102, III, da Constituição Federal prevê o cabimento do recurso extraordinário da decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. A hipótese é, de alguma forma, a oposta da prevista pela letra “b” do mesmo dispositivo constitucional.

O cabimento do recurso extraordinário, para fins deste permissivo, depende da constatação de que a decisão recorrida entendeu constitucional lei ou ato de governo local, isto é, lei formal ou qualquer outra norma

jurídica infralegal, expedida pelos governos estaduais, do Distrito Federal ou pelos municipais, a despeito de sua duvidosa inconstitucionalidade.

A afirmação de que o ato normativo local é constitucional acarreta, por isto mesmo, “questão constitucional *federal*” porque desafia a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre se a decisão recorrida está certa ou errada, ou seja, se a norma local está, ou não, afinada aos ditames da Constituição Federal. Caso contrário, o recurso extraordinário não deve ser admitido. Correta, no particular, a Súmula 280 do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. A competência *extraordinária* do Supremo Tribunal Federal só será legitimamente exercida para o controle de questões constitucionais *federais*.

Como o caso é de reconhecimento da *constitucionalidade* de normas jurídicas, não há, contudo, espaço para o desenvolvimento do *procedimento* regulado pelos arts. 480 a 482 (v. Capítulo 4 da Parte II), sendo suficiente, por isso mesmo, o proferimento do acórdão pelo órgão julgador *a quo*, sem necessidade da ressalva feita pelo n. 3.2, *supra*.

### **3.4. Validade de lei local contestada em face de lei federal**

A última hipótese de cabimento do recurso extraordinário é novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. De acordo com a alínea “d” do art. 102, III, da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida *lei* local contestada diante de *lei* federal.

A introdução deste permissivo para o recurso extraordinário colocou fim a questão que se desenvolvia no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre qual recurso cabível e, conseqüentemente, quem tinha competência para julgá-lo, das decisões que entendessem válida lei local confrontada com lei federal, máxime diante da redação anterior da alínea “b” do art. 105, III, da Constituição da República (v. n. 3.2, *infra*).

A questão sempre se mostrou pertinente porque, não obstante se tratar do confronto entre *leis* – o que poderia sugerir que, em todo e qualquer caso, a espécie era contrastável perante o Superior Tribunal de Justiça mediante o recurso especial – a outorga de competências legislativas é feita pela Constituição Federal (arts. 22, 24 e 30, I) e, conseqüentemente, saber qual

lei, se local ou federal, pode reger determinada situação sempre foi “questão *constitucional*”, e não “questão *federal*” (v. n. 2.1, *supra*), mesmo nos casos de competência *concorrente* (art. 24 da Constituição Federal).

De qualquer sorte, com a nova redação dada à alínea “b” do art. 105, III, da Constituição Federal e com a introdução da alínea “d”, aqui examinada, no inciso III do art. 102 da mesma Carta, aquela controvérsia ficou superada. Desde que se trate de *lei local*, isto é, lei *formal* proveniente dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, e que sua legitimidade seja posta em dúvida à luz de lei federal (lei da União Federal, portanto), o caso é de recurso extraordinário, não se aplicando à hipótese, porque se trata de “questão *constitucional federal*”, o óbice da Súmula 280 do STF.

O Supremo Tribunal Federal decidirá, em última análise, quais das unidades federadas pode atuar legislativamente no caso concreto e, assim decidindo, aplicará a Constituição Federal, verdadeira “questão *prejudicial*”, na interpretação da própria lei local à hipótese. Às situações em que a lei a ser aplicada, em detrimento da lei local, for a federal e houver dúvidas sobre sua interpretação, o caso desafia *também* recurso especial, que será julgado depois da manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a sua aplicação para os fins do dispositivo aqui estudado.

Assim, se o recurso pretende questionar lei federal contrastada diante da Constituição Federal, a hipótese é de recurso *extraordinário*, e não de recurso *especial*. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 968.480/SP, rel. Min. José Delgado, j.un. 12.2.2008). Também quando o confronto se dá entre lei complementar estadual e lei federal, cada uma disciplinando diversamente uma mesma hipótese (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.239.159/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.m.v. 3.5.2012, DJe 20.9.2012).

### **3.5. Especificamente a “repercussão geral”**

A Emenda Constitucional n. 45/2004, entre tantas novidades que trouxe para o “modelo constitucional do direito processual civil”, estabeleceu um novo pressuposto para o cabimento do recurso extraordinário. É o que o § 3º do art. 102 chama de “repercussão geral”, nos seguintes termos: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o

Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Desde logo importa colocar em relevo, em total consonância com o que foi posto pelo n. 1, *supra*, que, *formalmente*, não há nenhuma inconstitucionalidade no instituto anunciado. A circunstância de a “repercussão geral” ter sido introduzida no cenário processual civil brasileiro por Emenda Constitucional, votada e aprovada em consonância com o “devido processo legislativo”, é o suficiente para afastar dela qualquer pecha de inconstitucionalidade no que diz respeito ao veículo normativo empregado. De resto, como as hipóteses de cabimento dos “recursos *extraordinários*” não podem ser compreendidas como “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, da Constituição Federal), não há qualquer óbice na sua alteração, desde que sejam feitas por Emenda Constitucional, sendo indiferente, para este fim, que elas sejam ampliadas ou restringidas, como se dá com relação à exigência ora analisada.

O fato de o acesso ao Supremo Tribunal Federal ter se restringido por força da “repercussão geral”, outrossim, não traz ao instituto nenhuma inconstitucionalidade no sentido *material*. Pela natureza e finalidade dos “recursos *extraordinários*”, é possível (desejável, até mesmo) que o constituinte se encarregue de estabelecer verdadeiros *filtros* ao acesso ao Supremo Tribunal Federal (e também ao Superior Tribunal de Justiça) para viabilizar que ele melhor desempenhe a sua função, de estabelecer parâmetros seguros e objetivos de aplicação do direito *federal* em todo o território nacional.

A “repercussão geral”, destarte, faz as vezes de um verdadeiro *filtro*, apto a selecionar quais recursos *extraordinários* serão, ou não, julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o cabimento do recurso *extraordinário* depende não só de se tratar de causa decidida por única ou última instância que atenda ao menos uma das hipóteses das alíneas do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, mas também que a decisão recorrida apresente “repercussão geral”.

O recurso *extraordinário*, como exposto pelo n. 1, *supra*, busca preservar a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição Federal em todo o território nacional, o que fica ainda mais evidente com a circunstância de só serem admitidos os recursos *extraordinários* que ofereçam repercussão

geral que ultrapasse “os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º). Trata-se do que o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, vem sustentando sobre a necessária *objetivação* da atuação do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de recurso extraordinário, deixando “esse instrumento (...) de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva” (Questão de Ordem no RE 556.664/RS, j. 21.9.2997, DJ 15.10.2007).

O instituto foi regulamentado pela Lei n. 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, e também é objeto de disciplina pelos arts. 321 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O § 1º do art. 543-A define a “repercussão geral” como a “existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” na decisão que se pretende ver reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário. O parágrafo único do art. 322 do RISTF, similarmente, refere-se a ela da seguinte forma: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”.

A exigência deve ser compreendida, portanto, como o impacto significativo que a decisão recorrida assume ou tem aptidão de assumir no cenário econômico, político, social ou jurídico, indo além, conseqüentemente, dos interesses e direitos subjetivados em um dado e específico caso concreto. O § 3º do art. 543-A, complementando a regra, dispõe que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”, o que se justifica à luz da função exercida pelo Supremo Tribunal Federal no “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 1, *supra*). Como se lê do § 2º do art. 323 do RISTF, em tais casos a ocorrência da repercussão geral é presumida, tanto quanto nos casos em que a decisão recorrida trata de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmar, em cada caso, a *atualidade* da sua jurisprudência para o reconhecimento da repercussão geral nos termos dos precitados dispositivos normativos, aplicando-se, desde então, o regime respectivo, inclusive com a determinação de sobrestamento dos “casos repetitivos” nos moldes do art. 543-B. É o que foi decidido, entre tantos, nos seguintes julgados: RE-QO 576.321/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 4.12.2008, DJe 13.2.2009; RE-QO 591.085/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 4.12.2008, DJe 20.2.2009; RE 582.650/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 16.4.2008, DJe 24.10.2008; e RE-QO 579.421/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 13.3.2008, DJe 24.10.2008.

Para agilizar o atingimento da preocupação externada pelo parágrafo anterior, dispõe o art. 323-A do RISTF que “o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico”, como, a título de ilustração, ocorreu no julgamento do ARE 721.001 RG/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j.m.v. 1.3.2013, DJe 7.3.2013 e do ARE 694.294/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 25.4.2013, DJe 17.5.2013. A medida quer imprimir maior celeridade àqueles julgamentos.

A “repercussão geral” é questão relacionada à *admissibilidade* do recurso extraordinário, no que são claros o *caput* e o § 2º do art. 543-A. Didático, no particular, o *caput* do art. 323 do RISTF, segundo o qual: “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que não admite o recurso extraordinário à falta de uma questão que ofereça repercussão geral é, de acordo com o *caput* do art. 543-A, *irrecorrível* (no mesmo sentido é o art. 326 do RISTF). A irrecorribilidade, no caso, não agride o “modelo constitucional do direito processual civil” porque ela é, em consonância com a exigência do § 3º do art. 102 da Constituição Federal, colegiada. A regra, ademais, não impede que o Supremo Tribunal Federal possa, inclusive porque provocado para tanto, rever anterior posição sua sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

### 3.5.1. Identificação da repercussão geral

Os casos que oferecem e os que não oferecem “repercussão geral” precisam ser estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá observar, para tanto, o quórum imposto pelo art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

De acordo com o texto constitucional, a rejeição do recurso extraordinário, à míngua da demonstração de que a decisão não oferece repercussão geral, deve dar-se por *dois terços* de seus membros, isto é, por oito Ministros. O § 4º do art. 543-A, ao dispor que “se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”, atende a exigência constitucional porque garante, de antemão, a inviabilidade de haver votos suficientes para rejeitar o recurso extraordinário por este fundamento.

A expressão “estabelecer casos que oferecem repercussão geral” deve ser entendida como a elaboração de uma verdadeira lista de questões que, de acordo com dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, criam significativo impacto no ambiente econômico, político, social ou jurídico, a merecer, destarte, análise derradeira por aquele Tribunal, que, manifestando-se sobre elas, dará a solução a prevalecer sobre as manifestações dos demais órgãos jurisdicionais.

A identificação de tais casos depende da análise cuidadosa, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, da *qualidade* e da *quantidade* de casos que lhe são enviados para julgamento em sede de recurso extraordinário à luz das exigências legais e regimentais. Importa, para tanto, que o recorrente apresente, minudentemente, as razões pelas quais entende que o caso oferece repercussão geral, sem prejuízo da manifestação em sentido contrário do recorrido. Esta discussão, que se supõe *ampla e prévia*, é fundamental para estabelecer um verdadeiro diálogo cooperativo entre os jurisdicionados e os integrantes do Supremo Tribunal Federal, tanto mais importante porque é *irrecorrível* a decisão que rejeita o recurso à falta de repercussão geral.

Os arts. 322 a 329 do RISTF disciplinam o *procedimento* a ser observado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na constatação da existência, ou não, da repercussão geral, que é dispensado nos casos em que a

repercussão geral já foi reconhecida ou em que ela é presumida (art. 323, § 2º, do RISTF; v. n. 3.5, *supra*).

Vale destacar a respeito deste *procedimento*, diferentemente do que a leitura dos diversos parágrafos do art. 543-A e, sobretudo, dos precitados dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal insinua, que ele viabiliza ampla participação das *partes* e também de *terceiros*. Trata-se de um verdadeiro *incidente*, necessariamente realizado em *amplo* (e desejavelmente *prévio*) contraditório (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), que se verifica durante a tramitação do recurso extraordinário. A definição dos casos que oferecem repercussão geral não é e não deve ser entendida como mera reunião das opiniões ou impressões que os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm acerca da causa submetida a julgamento, como se a deliberação sobre existir, ou não, repercussão geral fosse questão *interna corporis, imotivada* e, como já se admitiu no direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1969 (art. 119, § 1º e § 3º, letra “c”, com relação à então vigente “arguição de relevância”), *secreta* (arts. 151 a 153 c/c o art. 327 do RISTF de 1980).

Importa, portanto, interpretar o *procedimento* estabelecido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”, sob os auspícios da Constituição de 1988 e suas posteriores emendas.

O art. 327, *caput*, do RISTF exige que a “repercussão geral” seja apresentada, pelo recorrente, em “preliminar formal e fundamentada de repercussão geral”, sob pena de indeferimento do recurso extraordinário pela Presidência do Supremo Tribunal Federal (art. 327 do RISTF; STF, Pleno, REAgR 569.476/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 2.4.2008, DJE-74, 24.4.2008 e STF, Pleno, ARE-AgR 667.043/SP, rel. Min. Ayres Britto, j.un. 27.6.2012, DJe 9.8.2012) ou, sucessivamente, pelo relator (art. 327, § 1º, do RISTF). Em um e em outro caso, da decisão que nega seguimento ao recurso cabe “agravo *interno*” (art. 327, § 2º, do RISTF). A exigência regimental é constitucional porque regulamenta o disposto no § 2º do art. 543-A. Ela não pode ser compreendida, contudo, como se eventual equívoco na *forma* pudesse comprometer o recurso extraordinário em sua substância. A isto lhe obsta princípio integrante do “modelo infraconstitucional do processo civil”, o “princípio da instrumentalidade das formas” (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte

IV do vol. 1). No direito processual civil da atualidade, é inadmissível que aspectos de cunho *formal* possam se sobrepor a aspectos *substanciais*, ainda quando o que está em pauta é o acesso ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.

Vencida a questão de ordem formal, e desde que superado o juízo de admissibilidade relativo às demais exigências constitucionais e legais, o relator submeterá, por meio eletrônico, cópia de sua manifestação sobre se o caso oferece, ou não, repercussão geral. É o que dispõe o *caput* do art. 323 do RISTF.

Com o recebimento da manifestação do relator, os demais Ministros terão o prazo comum de vinte dias para se pronunciar sobre o tema, enviando ao relator, também por meio eletrônico, sua própria manifestação (art. 324, *caput*, do RISTF). Se aquele prazo findar-se sem manifestações suficientes para rejeitar a existência da repercussão geral, isto é, sem a manifestação de, pelo menos, quatro Ministros, o § 1º do art. 324 autoriza que se considere existente a repercussão geral. De acordo com o § 2º do dispositivo, “não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, *se alcançada a maioria de dois terços de seus membros*”. A parte transcrita em itálico, introduzida pela Emenda Regimental n. 47/2012, merece o destaque porque, sem ela, a disposição regimental agrediria o quórum imposto (sem nenhuma ressalva) pela Constituição e adequadamente disciplinado pelo Código de Processo Civil. A recusa da repercussão geral – ainda que por entender que a questão não a apresenta porque infraconstitucional – depende da manifestação de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Após, juntadas as manifestações por escrito aos autos, quando for o caso, o relator julgará monocraticamente o recurso extraordinário (art. 557; v. n. 3.1 do Capítulo 5) ou pedirá dia para seu julgamento perante o órgão colegiado competente (art. 325, *caput*, do RISTF). Se o caso for de não admissão do recurso por não se tratar de decisão que ofereça repercussão geral, a recusa será formalizada em decisão fundamentada, aplicando-se o mesmo dispositivo regimental.

Havendo divergência sobre a existência de repercussão geral, o recurso extraordinário será *redistribuído* com exclusão do Relator e dos Ministros que negaram sua existência de forma fundamentada (art. 324, § 3º, do RISTF). Já se decidiu, corretamente, que é necessária a apresentação dos fundamentos da divergência pelo primeiro Ministro que se manifestar contrariamente ao Relator (STF, Pleno, RE-QO 559.994/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 26.3.2009, DJe 12.6.2009). Identificada a repercussão geral pelo Presidente do STF, o processo será redistribuído para outro Ministro “para o julgamento do mérito” (art. 323, § 1º, do RISTF).

“Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao Relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema.” É o que expressamente dispõe o art. 325-A do RISTF.

O § 6º do art. 543-A admite que, na análise da repercussão geral, isto é, para a elaboração da “lista” a que faz referência o parágrafo anterior, *terceiros*, desde que representados por procuradores habilitados, manifestem-se nos autos para sustentar suas razões relativas ao caso oferecer (ou não) repercussão geral. A hipótese, a despeito do silêncio do dispositivo legal, é de *amicus curiae*, modalidade de intervenção de terceiros que se justifica quando a decisão a ser tomada em um dado caso tem o condão de influenciar, com maior ou menor intensidade, outros, o que é irrecusável em se tratando do reconhecimento (ou não) da repercussão geral (v. Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I). O § 3º do art. 323 do RISTF refere-se também à hipótese evidenciando que o relator pode admitir tais manifestações de ofício ou a requerimento, dando margem à classificação proposta pelo n. 2.3 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I, que distingue a “intervenção *provocada*” da “intervenção *espontânea*”, respectivamente.

A iniciativa deve ser incentivada, ademais, para viabilizar o mais *amplo* e *prévio* debate sobre a ocorrência, ou não, de repercussão geral, permitindo a participação de setores organizados da sociedade civil e do próprio Estado perante o Supremo Tribunal Federal. Os próprios interessados no reconhecimento da repercussão geral, isto é, aqueles que têm os seus próprios recursos não são – e não podem ser – admitidos como *amicus curiae*. Sua eventual intervenção no processo em que se discute a existência

da repercussão geral dar-se-á em consonância com as modalidades tradicionais do Código de Processo Civil.

A intervenção do *amicus curiae* é modalidade interventiva que também tem o condão de reduzir o que vem sendo chamado de “déficit democrático” daquele Tribunal, justificada pela maneira como são escolhidos os seus membros, sem qualquer participação *direta* dos demais segmentos governamentais, do próprio Judiciário, das demais funções essenciais à Justiça, ou de qualquer extrato da sociedade civil. Máxime diante da vitaliciedade de seus membros (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

É para criar a maior amplitude possível com relação ao tema, inclusive no que diz respeito a quem pode e a quem não pode atuar na qualidade de *amicus curiae* no *procedimento* voltado ao estabelecimento dos casos que oferecem repercussão geral, que a admissão ou não da intervenção do terceiro deve ser compreendida como decisão *recorrível*, indiferente, para tanto, a cláusula de irrecorribilidade consagrada pelo § 3º do art. 323 do RISTF. A restrição é ilegal e inconstitucional em seu sentido *formal* e *material*, suficientes, para sua demonstração, as razões expostas pelos ns. 3.5 e 5 do Capítulo 7, destacando, ainda, que nenhum Regimento Interno, mesmo o do Supremo Tribunal Federal, pode alterar o *sistema* processual civil no direito brasileiro (v. n. 3 do Capítulo 2). Não há, na Constituição Federal de 1988 dispositivo como se lia da letra “c” do § 3º do art. 119 da Constituição anterior, de 1969, incluído pela Emenda Constitucional n. 7/1977.

Assim, sem prejuízo das razões trazidas pelas partes quanto à ocorrência, ou não, de repercussão geral nos casos em que interpõem o recurso extraordinário, *terceiros* poderão manifestar-se acerca da questão atuando em prol da construção de precedentes que sejam favoráveis aos seus próprios interesses ou, mais amplamente, em prol dos interesses que representam.

Uma vez estabelecido que um dado caso oferece “repercussão geral”, a “súmula” da decisão constará de ata que será publicada no Diário Oficial, valendo como acórdão (art. 543-A, § 7º). O art. 329 do RISTF, por seu turno, impõe à Presidência do Supremo Tribunal Federal “ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito”.

O § 7º do art. 543-A, contudo, não pode dar margem ao entendimento de que as decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo as que afirmem que o caso oferece repercussão geral, podem ser proferidas sem fundamento, isto é, sem *motivação*. Trata-se de iniciativa que agride o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Não só porque o parágrafo único do art. 325 do RISTF, ao impor que “o teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no *Diário Oficial*, com menção clara à matéria do recurso”, interdita o entendimento, mas, superiormente, porque a circunstância de a decisão reconhecer a repercussão geral e, neste sentido, abrir a via recursal extraordinária, não é suficiente para a dispensa da motivação constitucionalmente imposta a quaisquer decisões. Ademais, as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal entendeu que uma dada questão atende à exigência do § 3º do art. 102 da Constituição Federal servirão como paradigma de reflexão e de debate para outras que não o tenham sido, a justificar, em quaisquer casos, a fundamentação da decisão e a sua divulgação. Trata-se de iniciativa que, em última análise, assegura uma mais ampla (e inafastável) *participação* dos jurisdicionados no âmbito do *procedimento* relativo ao estabelecimento do que oferece e do que não oferece repercussão geral para fins de recurso extraordinário.

Quando o Supremo Tribunal Federal negar a repercussão geral de uma dada questão constitucional, seu entendimento valerá para todos os recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão, que serão indeferidos liminarmente (art. 543-A, § 5º). A ressalva feita pelo dispositivo legal – “salvo a revisão da tese” – deve ser prestigiada porque se afina à necessária *participação* da sociedade civil e do próprio Estado no *processo* de formação dos casos que oferecem repercussão geral. A circunstância de o caso não estar na “lista” dos que oferecem repercussão geral, conseqüentemente, não é, por si só, óbice intransponível à admissibilidade do recurso extraordinário. Pode acontecer de o relator do recurso convencer-se de que o caso, analisado à luz das razões então oferecidas, mereça ingressar na “lista”, a qual, assim, deve ser alterada para passar a albergar aquela hipótese.

O art. 326 do RISTF atesta que a decisão “de inexistência de repercussão geral é irrecurável”, disposição que, para não atritar com o sistema processual civil, precisa ser entendida no contexto adequado. A decisão irrecurável aí referida só pode ser a decisão *colegiada* do Supremo Tribunal Federal, e não as decisões monocráticas, estas sempre recorríveis para o órgão colegiado (v. n. 5 do Capítulo 7), como indica, aliás – e corretamente –, o § 2º do art. 327 do RISTF. Mesmo as decisões colegiadas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, podem desafiar a interposição, pelo menos, de embargos de declaração quando presentes os seus pressupostos específicos (art. 535; v. n. 2 do Capítulo 8).

### 3.5.2. Repercussão geral e “casos múltiplos”

O art. 543-B e seus parágrafos ocupam-se de identificar o que foi chamado expressivamente por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (*Curso de direito processual civil*, vol. 3, p. 272) de “repercussão geral *por amostragem*”. São as situações, bastante frequentes na prática, de multiplicidade de recursos com fundamento em controvérsia idêntica; representam, em última análise, a mesma situação que a Lei n. 11.672/2008 tratou, para o STJ, como casos de “recursos *repetitivos*” (v. n. 4.4, *infra*). Para eles, a Lei n. 11.418/2007 estabeleceu procedimento diferenciado e que, na visão deste *Curso*, deve ensejar uma ainda mais *ampla e prévia* participação da sociedade civil e do próprio Estado no estabelecimento dos casos que, a final, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal por oferecerem repercussão geral.

De acordo com o § 1º do art. 543-B, os órgãos jurisdicionais de origem – o dispositivo refere-se, apenas, a “Tribunal de origem”, o que não é correto (v. n. 6, *infra*) –, devem selecionar um ou mais recursos que representem suficientemente a controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete exclusivamente o reconhecimento, ou não, da repercussão geral. Os demais casos ficarão sobrestados até ulterior decisão.

Se o Supremo Tribunal Federal negar que a controvérsia selecionada oferece “repercussão geral”, os demais casos, que estavam sobrestados, serão automaticamente inadmitidos (art. 543-B, § 2º). Do contrário, superado, pelo Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento relativo à repercussão geral e julgado o recurso extraordinário, os recursos

sobrestados “serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”, como se lê do § 3º do art. 543-B. Nesta hipótese, de “retratação”, se a decisão for mantida e admitido o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º).

Os §§ 3º e 4º do art. 543-B precisam ser compreendidos em conformidade com o “modelo constitucional do direito processual civil”. Não pode a lei – como parecem pretender os dispositivos destacados – autorizar que os demais Tribunais *julguem* os recursos extraordinários mesmo que este julgamento se limite a aplicar a orientação já fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao caso concreto. Esta tarefa é privativa daquele Tribunal e sua *delegação* só poderia ser admitida por alteração da própria Constituição Federal, o que não foi feito pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Ademais, não há efeitos *vinculantes* nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, inclusive quando se fixa a existência (ou a inexistência) da repercussão geral ainda que a partir do exame de casos repetitivos. Por isto, os §§ 3º e 4º do art. 543-B devem ser entendidos como a necessária remessa dos autos dos recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal para que ele – e não os órgãos de interposição daqueles recursos – realize os julgamentos em conformidade com o decidido. Passíveis de retratação perante os órgãos de interposição são as decisões relativas à admissão, ou não, dos recursos extraordinários quando elas forem objeto de contraste pelo agravo disciplinado pelo art. 544, hipótese expressamente prevista pelos §§ 1º e 2º do art. 328-A do RISTF.

O art. 328 do RISTF, acertadamente, admite que também no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal sejam identificados casos múltiplos (repetitivos) para os fins do art. 543-B, seja de ofício pela Presidência, ou pelo relator, ou, ainda, por manifestação do interessado, que, a despeito da letra do dispositivo, pode ser não só a *parte* mas também *terceiro* que se mostre legitimado para atuar na qualidade de *amicus curiae*. Em tais casos, cabe ao Supremo Tribunal Federal comunicar o ocorrido aos demais órgãos jurisdicionais para que seja aplicada a regra do precitado dispositivo do Código de Processo Civil (art. 328-A, *caput*, do RISTF). Pode, ainda,

pedir-lhes informações pertinentes aos recursos extraordinários interpostos e sobrestados, a serem prestadas em cinco dias, o que, na visão sustentada por este *Curso*, é providência inarredável para ampliar o debate (prévio) tendente à fixação das teses jurídicas relativas aos casos que oferecem, ou não, repercussão geral (art. 328, *caput*, do RISTF).

O parágrafo único do art. 328 do RISTF, complementando a regra do *caput*, autoriza, na hipótese por ele regulada, a Presidência e o relator a selecionar os casos mais representativos da controvérsia, determinando a devolução dos demais aos órgãos jurisdicionais de origem para os fins do art. 543-B. O sobrestamento das causas que versem a mesma tese em trâmite perante os Tribunais pode ser determinado monocraticamente pelo relator, como decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE-QO 576.155/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 11.6.2008, DJe 12.9.2008.

O precitado art. 328-A, *caput*, do RISTF impõe que os Tribunais de origem não profiram juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. A mesma regra é estabelecida para os agravos interpostos das decisões negativas de trânsito dos recursos extraordinários (§ 1º). De acordo com o § 2º do mesmo dispositivo regimental, “julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar”. A retratação aqui prevista só pode ser interpretada como sendo o efeito *regressivo*, insito aos agravos em geral (v. n. 4 do Capítulo 4).

São diversas as indagações sobre a dinâmica do art. 543-B.

Uma delas refere-se ao *momento* em que o sobrestamento deve ser efetivado, é dizer: devem ser sobrestados apenas os recursos que preenchem todos os demais pressupostos de admissibilidade ou esta prévia análise é indevida, devendo ser sobrestados todos os recursos extraordinários, independentemente do estágio de seu andamento, desde que a tese nele veiculada esteja sujeita ao regime dos “recursos múltiplos”? A resposta mais correta parece ser a de ser indiferente o estágio do recurso, sendo bastante tratar-se de questão sujeita à multiplicidade para a qual volta-se o dispositivo em destaque.

Outra diz respeito à possibilidade de controle do ato que determina o sobrestamento do processo para os fins daquele dispositivo codificado. O Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, QO no AI 760.358/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 19.11.2009, DJe 19.2.2010) e o Superior Tribunal de Justiça (CE, QO no Ag 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.m.v. 16.2.2011, DJe 12.5.2011; 1ª Turma, RMS 37.013/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 20.3.2012, DJe 23.3.2012; e 4ª Turma, AgRg no Ag 1.268.518/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 18.8.2011, DJe 24.8.2011) já tiveram oportunidade de entender que se trata de mero *despacho*, irrecurável por força do art. 504 (v. n. 5 do Capítulo 2); que recorrível é a *decisão* que, cessada a causa do sobrestamento, vier a aplicar o que for decidido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, observando, a propósito, o reconhecimento, ou não, da existência de repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já teve oportunidade de entender que também é *despacho* e, por isso, irrecurável, o pronunciamento que determina a baixa dos autos aos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais para os fins do art. 543-B, § 3º, isto é, para que lá aguardem o julgamento do STF após o que poderão “retratar-se” ou manter o acórdão recorrido extraordinariamente. Bastante para ilustrar a afirmação o seguinte julgado: STF, Pleno, AI-AgR 775.139/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 30.11.2011, DJe 19.12.2011.

Não há como, com o devido respeito, concordar com o entendimento. É que o sobrestamento indevido do processo, ainda que com a intenção de aplicar o art. 543-B, é providência que, por si só, tem o condão de causar prejuízo imediato aos litigantes. Assim, não há como recusar apriorística e generalizadamente a pertinência do recurso cabível em consonância com o sistema processual civil, inclusive o “agravo interno” das decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais. Mesmo que se pugnasse pelo descabimento de algum recurso – entendimento não compartilhado por este *Curso* –, a hipótese seria contrastável por mandado de segurança, por força da *interpretação* do art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte III).

Não deixa de ser curioso, a este respeito, encontrar julgados do Superior Tribunal de Justiça que reformam decisões que haviam determinado o sobrestamento de “ações rescisórias” por força do mesmo art. 543-B. Dentre

tantas: 1ª Turma, AgRg no REsp 1.258.151/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.3.2012, DJe 16.3.2012; 2ª Turma, REsp 1.231.859/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 22.2.2011, DJe 4.3.2011; CE, AgRg nos EREsp 1.142.490/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 6.10.2010, DJe 8.11.2010; e 1ª Turma, AgRg no RMS 26.219/GO, rel. Min. Luiz Fux, j. un. 2.12.2010, DJe 17.12.2010.

A razão de decidir em tais casos e admitir o *cabimento* do recurso justamente porque a ordem de sobrestamento transborda do sentido do art. 543-B – à qual adere este *Curso* – não é substancialmente diversa do entendimento exposto pelos parágrafos anteriores: em ambas as hipóteses, trata-se de contrastar o acerto ou o desacerto do sobrestamento e não do futuro julgamento que, levando ou deixando de levar em conta o que vier a ser decidido pelo STF, será proferido.

Na Rcl 11.427/MG e na Rcl 11.408/RS, o entendimento do STF foi reafirmado pelos votos proferidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pela Ministra Ellen Gracie, que negaram o cabimento da reclamação, sustentando inexistir usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal pelo ato praticado pelo Tribunal *a quo* que classifica inadequadamente o recurso para os fins do art. 543-B porque a competência daquele Tribunal só surgiria na hipótese de o Tribunal *a quo* manter a decisão contrária ao entendimento do STF. Ambos, contudo, ressaltaram o entendimento de que o controle sobre o sobrestamento dos recursos extraordinários deve se dar por agravo interno perante a instância de interposição. O desfecho dos casos aguarda o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 556.149/DF, rel. Min. Rosa Weber, j.un. 5.6.2012, DJe 14.6.2012) já teve oportunidade de determinar o sobrestamento do julgamento de embargos de declaração e de segundo agravo interno apresentados contra acórdão proferido em recurso extraordinário levando em conta que, no interregno, a questão julgada acabara tendo sua repercussão geral reconhecida.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi editado o Assento Regimental n. 397/2011 que “cria a Câmara Especial de Presidentes, órgão jurisdicional formado pelo Presidente do Tribunal, que a presidirá, pelo Vice-Presidente e pelos Presidentes das Seções”. Àquele

órgão, compete “1 – julgar os agravos regimentais, assim determinados pelo STF, interpostos contra decisões da Presidência do Tribunal, da Vice-Presidência e das Presidências das Seções, que não admitem ou declaram prejudicado o recurso extraordinário, na forma dos §§ 2º e 3º do art. 543-B do CPC”. A iniciativa deve ser aplaudida e tomada como paradigmática pelos demais Tribunais.

Também é digna de aplausos, dada a atual sistemática da repercussão geral e a dinâmica que vem sendo empregada aos casos em que ela se mostra repetitiva, a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de criar o que foi chamado Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER), órgão que atuará ao lado dos órgãos competentes, nos diversos Tribunais, para o processamento e admissibilidade de recursos extraordinários e especiais, para racionalizar e otimizar o gerenciamento dos processos diante dos casos sobrestados, porque repetitivos, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O assunto é objeto da Resolução n. 160, de 19 de outubro de 2012, daquele órgão.

### 3.5.3. Manifestações do STF sobre a “repercussão geral”

O Supremo Tribunal Federal chegou a certo consenso acerca de algumas questões relativas à repercussão geral.

Dada a importância da matéria, e, bem assim, a recomendação feita pela então Presidente daquela Corte, a Ministra Ellen Gracie Northfleet, de que os demais Tribunais observassem aquele entendimento, é o caso de transcrever o quanto decidido na Questão de Ordem em Agravo de Instrumento n. 664.567/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 18.6.2007, DJ 6.9.2007, p. 37, veiculada pelo Ofício Circular n. 13/GP, datado de 11.7.2007.

“a) a data de 3/5/2007 como o termo a partir do qual será obrigatória a alegação e demonstração da repercussão geral como preliminar do recurso extraordinário;

b) por via de consequência, somente dos recursos interpostos de acórdãos, cuja intimação se tenha dado após aquela data, será exigida a já mencionada alegação e demonstração;

c) a exigência de alegação e demonstração de repercussão geral abrange a todos os recursos, qualquer que seja a sua natureza (cível, criminal, trabalhista ou eleitoral). A análise a ser procedida nesse Tribunal levará em conta tão somente o aspecto formal da alegação de ocorrência da multicitada repercussão”.

Com relação ao direito intertemporal, importa destacar que, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AI 715.423/RS, pelo Min. Gilmar Mendes, e da Questão de Ordem suscitada no RE 540.410/RS, rel. Min. Cezar Peluso, prevaleceu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vencido o Min. Marco Aurélio, o entendimento de que também os recursos anteriores à data de regulamento do instituto, 3.5.2007, ficam sujeitos ao regime do art. 543-B, mesmo que já estivessem distribuídos aos Ministros daquele Tribunal. Em decorrência desse entendimento, foi determinada a devolução dos autos respectivos para os órgãos de origem para aplicação do disposto naquele dispositivo legal, em especial seus §§ 3º e 4º. A orientação foi reafirmada pela 2ª Turma também no RE 522.223/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 21.10.2008, DJe 12.12.2008. A solução, forçoso reconhecer, assemelha-se à propugnada pelo art. 2º da Lei n. 11.672/2008 para os recursos especiais repetitivos (v. n. 4.4, *infra*).

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal tem produzido a “lista” de matérias que, no seu entendimento, oferecem “repercussão geral”, legitimando, destarte, o julgamento do recurso extraordinário. Esta “lista” vem sendo disponibilizada no sítio daquele Tribunal, ao lado das matérias que *não* apresentam repercussão geral, com as respectivas decisões e acórdãos que decidem de uma e outra maneira. Sua consulta é tanto mais importante, porque é quase diuturno o acréscimo de novas questões em um e em outro sentido.

Apenas para fins ilustrativos, dentre tantas outras, são as seguintes matérias que tiveram reconhecida sua “repercussão geral” pelo Supremo Tribunal Federal.

(1) Necessidade de lei complementar para disciplinar prescrição e decadência relativas às contribuições sociais.

(2) Constitucionalidade da cobrança de taxa de prevenção de incêndio.

(3) Necessidade de serem discriminados os pulsos para cobrança de serviços de telefonia.

(4) Diferença de vencimentos de servidor público derivada de indexação monetária.

(5) Declaração de inconstitucionalidade de expressão do Código Tributário Nacional introduzido pela Lei Complementar n. 118/2005.

(6) Possibilidade de o adicional de insalubridade ter como base de cálculo o salário mínimo à luz do art. 7º, IV, da Constituição Federal.

(7) Imunidade da Contribuição Social sobre o Lucro sobre operações de exportações.

(8) Responsabilidade do Estado derivada da falta de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos.

(9) Incidência da Contribuição Previdenciária Patronal sobre a folha de salários.

(10) Base de cálculo para adicional de insalubridade vinculada ao salário mínimo à luz do art. 7º, IV e XXIII, da Constituição Federal.

(11) Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos de alto custo.

(12) Abrangência da responsabilidade do sócio-cotista por dívidas as sociedade em relação a contribuições sociais.

(13) Competência para iniciativa do processo legislativo sobre nepotismo na Administração Pública municipal.

(14) Possibilidade de fixação de alíquota progressiva para o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação.

(15) Critérios para concessão de aposentadoria a servidores públicos cujas atividades não são exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física.

(16) Cobrança de tarifa de assinatura do serviço de telefonia fixa.

(17) Constitucionalidade de medida provisória que permite o pagamento de soldo inferior a um salário mínimo a praça prestador de serviço militar inicial obrigatório.

(18) Possibilidade de fracionamento do valor da execução proposta contra a Fazenda Pública para pagamento de honorários advocatícios.

(19) Possibilidade de cláusula de edital de concurso público restringir a inscrição de candidatos que respondem a processos criminais.

(20) Direito do servidor público comissionado a perceber férias não usufruídas acrescidas de um terço.

- (21) Base de cálculo para a contribuição para o PIS e para o COFINS.
- (22) Constitucionalidade da prisão civil para o depositário infiel.
- (23) Constitucionalidade da inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração.
- (24) A observância do art. 97 da Constituição Federal pelo órgão fracionário (ou Pleno) do Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afasta sua aplicação do caso concreto.
- (25) Identificação do órgão jurisdicional competente para julgar demandas envolvendo planos de previdência complementar privada.
- (26) Identificação do órgão jurisdicional para julgar demandas relativas à forma de pagamento de créditos, incluídos os trabalhistas, previstos no quadro geral de credores de empresa sujeita à recuperação judicial.
- (27) Constitucionalidade da norma que afirma incabível apelação em execuções fiscais de valor inferior a 50 ORTN (v. n. 1 do Capítulo 9).
- (28) Possibilidade de contratação direta de advogados pela Administração Pública com dispensa ou inexigibilidade de licitação.
- (29) Legitimidade ativa do Ministério Público para “ações civis públicas” para proteger o patrimônio público e anular ato administrativo relativo à colocação de militar em reserva remunerada.
- (30) Constitucionalidade ou não dos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda Constitucional n. 62/2009, que permitem compensação tributária pelas Fazendas Públicas nos valores devidos a título de precatório.
- (31) Possibilidade de renovação sucessiva da autorização de interceptação telefônica para fins de investigação criminal, sem limite definido de prazo.
- (32) Prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário a partir do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.
- (33) Possibilidade de desistência do mandado de segurança pelo impetrante mesmo depois do proferimento da decisão de mérito e sem anuência da parte contrária.
- (34) Competência da justiça comum e não do trabalho para julgamento de causas relativas à complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada.

(35) Possibilidade ou não de sequestro de verbas públicas nos termos da Emenda Constitucional n. 62/2009 para pagamento de precatórios expedidos anteriormente à sua entrada em vigor.

Foi a partir do julgamento dos Recursos Extraordinários que ensejaram o reconhecimento da repercussão geral dos temas indicados nos números 6, 17 e 24, *supra*, que o STF editou as Súmulas vinculantes ns. 4, 6 e 10, respectivamente, iniciativa que conjugou os dois “filtros recursais” criados pela EC 45/2004 para aquela espécie de recurso, iniciativa que tem tudo para se mostrar frequente no âmbito daquele tribunal.

De seu turno, e também para fins meramente ilustrativos, as seguintes matérias já tiveram oportunidade de não serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, à falta de “repercussão geral”:

- (1) Possibilidade de redução da multa aplicada com base no art. 461.
- (2) Equiparação remuneratória entre procuradores autárquicos e procuradores de Estado.
- (3) Cumulação de danos morais e materiais pela ocorrência de fraudes cometidas por árbitros de futebol.
- (4) Constitucionalidade de lei do Distrito Federal que obriga a instalação de acionamento do semáforo por pedestres.
- (5) Constitucionalidade da adoção do prazo de vinte anos para o pagamento de Títulos da Dívida Agrária, nos termos do art. 184 da Constituição Federal, ao pagamento de parcelas em dinheiro fixadas pela sentença proferida em desapropriação.
- (6) Desvio de finalidade de um específico decreto desapropriatório.
- (7) Recepção, pela Constituição Federal de 1988, do processo administrativo destinado à cobrança amigável de débitos fiscais prevista pelo art. 71 do Código Tributário do Município de Campo Grande.
- (8) Responsabilidade do Estado pela emissão, em duplicidade, do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF para pessoas distintas.
- (9) Extensão a professores municipais de vantagens previstas para professores estaduais em Lei complementar do Estado.
- (10) Concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita para pessoas jurídicas.

(11) Termo inicial do prazo prescricional para cobrar diferenças de correção monetária nos depósitos relativos ao FGTS.

(12) Necessidade ou não de coabitação dos cônjuges como prova de separação de fato para fins de divórcio direto antes do advento da Emenda Constitucional n. 66/2010.

(13) Limites para a quantificação de dano moral na responsabilidade civil.

(14) Possibilidade, ou não, de a Administração Pública modificar critérios técnicos ou econômicos fixados em edital no curso de contrato administrativo.

(15) Possibilidade de a Aneel e a Eletrobrás ingressarem como réus em processo que pleiteia a restituição de valores pagos na construção de rede de energia elétrica em imóvel rural e consequente deslocamento para a Justiça Federal.

(16) Possibilidade de efetivação de penhora *on line* em dinheiro sem esgotamento prévio de outros meios para localização de bens penhoráveis.

(17) Possibilidade de a Fazenda Pública recusar nomeação de bens à penhora em razão da ordem de preferência estabelecida pelas leis processuais civis.

(18) Violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada quando o julgamento de mérito depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais.

Em obediência ao disposto no art. 329 de seu Regimento Interno, o STF tem disponibilizado, em seu *site* na Internet, a relação completa dos casos que vêm sendo julgados porque reconhecida a repercussão geral e dos que vêm sendo rejeitados à falta daquele pressuposto recursal. Mais recentemente, o Tribunal passou a divulgar no seu ambiente virtual, para aquela finalidade, o “Boletim Repercussão Geral”, que tem como objetivo apresentar “...uma síntese dos processos em que discutida a existência de repercussão geral, classificando-os em: repercussão geral reconhecida e mérito julgado; repercussão geral reconhecida e jurisprudência reafirmada pelo Plenário Virtual; repercussão geral reconhecida e mérito pendente de julgamento; e repercussão geral não reconhecida”.

### 3.5.4. Outros filtros relativos ao cabimento do recurso extraordinário

Além do instituto da “repercussão geral” ao qual se voltam os números anteriores, há, em tramitação no Congresso Nacional, a análise de outro “filtro” com vistas à redução da carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal.

Pela Proposta de Emenda à Constituição n. 406/2001, que acrescenta um novo § 5º ao art. 103 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal poderá suspender, perante os demais órgãos jurisdicionais, processos que digam respeito a questões constitucionais controvertidas até sua manifestação definitiva sobre a matéria. A proposta, polêmica, mormente porque o art. 543-B do Código de Processo Civil admite idêntica providência para constatação do que oferece ou não, repercussão geral, ainda está em tramitação perante a Câmara dos Deputados, dispensáveis, por ora, quaisquer considerações a seu respeito.

## 4. ESPECIFICAMENTE AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

As hipóteses de admissibilidade do recurso especial são aquelas previstas nas três alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. Além de se tratar de causa decidida (v. n. 2.1, *supra*) em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (v. n. 2.2, *supra*), a decisão recorrida deve *alternativamente*: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; dar a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Uma vez mais é imperioso o destaque do que é exposto pelo n. 2.1, *supra*: cada uma das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição Federal deve ser compreendida como *perspectivas* diversas da “questão federal” que legitima que a “causa decidida” seja reexaminada em sede de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os números seguintes dedicam-se ao exame separado de cada uma dessas previsões constitucionais.

#### **4.1. Contrariar ou negar vigência a lei federal**

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial, a mais comum delas, é a de a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a lei federal.

O verbo “contrariar” e a expressão “negar vigência” devem ser entendidos, para todos os fins, como sinônimos. Sua distinção pertence aos sistemas constitucionais anteriores, quando o recurso extraordinário era o veículo adequado para o reexame de “questões *constitucionais*” e de “questões *infraconstitucionais*” (v. n. 1, *supra*), e ensejava interpretação vencedora no âmbito do Supremo Tribunal Federal que a *qualidade* da violação a dispositivos da Constituição Federal não precisava ser tão intensa quanto a violação a dispositivos de lei federal. É esta a razão por que a Súmula 400 do STF, editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, acentuava não caber recurso extraordinário de “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor”. Isto porque, coerentemente à previsão do recurso extraordinário de então (art. 101, III, letra “a”, daquela Carta), seu cabimento dava-se quando a decisão fosse “contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto ao entendimento de que ambas as expressões empregadas pela alínea “a” do art. 105, III, da Constituição Federal são sinônimas, não havendo espaço para subsistência da referida Súmula 400.

Fixada esta premissa, é correto o entendimento de que o recurso especial, para ser admitido, pressupõe a alegação de que a decisão recorrida, desde que preenchidos também os demais pressupostos, genéricos e específicos, contraria lei federal, no sentido de violá-la, interpretando-a e aplicando-a mal ao caso concreto, quer porque se aplica lei inaplicável, quer porque se deixa de aplicar a que merecia incidência.

Têm lugar, aqui, destarte, as mesmas considerações feitas pelo n. 3.1, *supra*, com relação à hipótese similar de cabimento do recurso extraordinário, inclusive no que diz respeito à distinção entre a “contrariedade à lei” e o “prequestionamento”.

Importa assinalar, contudo, que a jurisprudência vencedora do Superior Tribunal de Justiça dá interpretação *ampliata* ao que seja “lei federal” para os fins do recurso especial da letra “a”. Compreendem-se como lei federal não só as leis provenientes no Congresso Nacional (leis em sentido formal e substancial) mas também leis que o são apenas em sentido substancial, como se dá com as medidas provisórias, com os decretos autônomos e, mesmo, com os regulamentares editados pelo Presidente da República (STJ, 4ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 646.526/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j.un. 16.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 241; STJ, 1ª Turma, REsp 879.221/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 18.9.2007, DJ 11.10.2007, p. 306; e STJ, 2ª Turma, REsp 782.699/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 16.5.2006, DJ 25.5.2006, p. 216).

Estão excluídos da locução, contudo, os atos normativos secundários, produzidos a partir da lei preexistente, dentre os quais os regimentos internos de Tribunais, equiparáveis a leis *locais* (STJ, 4ª Turma, REsp 304.629/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 9.12.2008, DJe 16.3.2009; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 977.050/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.11.2007, DJ 19.12.2007, p. 1179, e STJ, 2ª Turma, REsp 965.246/PE, rel. Min. Castro Meira, j.un. 18.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 259); resoluções, circulares, portarias e instruções normativas (STJ, 1ª Turma, REsp 724.196/RS, rel. Min. José Delgado, j.un. 23.10.2007, DJ 19.11.2007, p. 185, e STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 714.198/CE, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 7.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 273); provimentos da OAB (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 845.250/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 12.9.2006, DJ 9.10.2006, p. 267; STJ, 1ª Turma, REsp 820.372/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 18.5.2006, DJ 29.5.2006, p. 202); atos declaratórios da Secretaria da Receita Federal (STJ, 1ª Turma, REsp 784.378, rel. Min. José Delgado, j.un. 8.11.2005, DJ 5.12.2005, p. 254); regulamentos das agências reguladoras (STJ, 1ª Turma, REsp 998.827/ES, rel. Min. Francisco Falcão, j.m.v. 2.10.2008, DJe 20.10.2008), e atos normativos da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado e do Banco Central do Brasil acerca dos índices de correção monetária a serem ou não aplicados nos depósitos judiciais (STJ, 1ª Turma, REsp 978.936/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 6.5.2010, DJe 19.5.2010).

## 4.2. Validade de ato de governo local confrontado com lei federal

A segunda hipótese de admissibilidade do recurso especial é prevista na alínea “b” do art. 105, III, da Constituição Federal.

De acordo com ela, cabe o recurso especial quando a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. A Emenda Constitucional n. 45/2004 deu nova redação ao dispositivo, limitando a competência do Superior Tribunal de Justiça aos casos em que o confronto se dá entre *ato* de governo local e lei federal, deixando o confronto entre duas *leis* de pessoas federadas diversas reservado ao recurso extraordinário e, conseqüentemente, ao Supremo Tribunal Federal, o que se justifica, por força das considerações expostas pelo n. 3.4, *supra*.

O *ato* a que se refere o dispositivo constitucional, destarte, não pode ser lei, mas sim, necessariamente, ato *infralegal*. Coerentemente com o entendimento do que é compreendido na locução “lei federal”, para os fins da letra “a” do art. 105, III, da Constituição Federal (v. n. 4.1, *supra*), contudo, o recurso para contraste de *decretos* estaduais, distritais e municipais em face da lei federal é o *extraordinário*, fundado no art. 102, III, “d”, e não o *especial*, com base no art. 105, III, “b”, ambos da Constituição Federal. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 873.548/ES, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 17.4.2007, DJ 21.5.2007, p. 614, e STJ, 2ª Turma, REsp 194.723/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 1º.9.2005, DJ 3.10.2005, p. 160.

Bem entendida a hipótese de recurso especial pelo permissivo da letra “b” do art. 105 da Constituição Federal, é de verificar, outrossim, que a questão a ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça é eminentemente de direito *federal*, e não de direito *local*. Não se aplica, por isso mesmo, o óbice da Súmula 280 do STF que interdita o cabimento do recurso para exame de direito *local*.

## 4.3. Recurso especial pela divergência jurisprudencial

A terceira e última hipótese de cabimento do recurso especial é a da alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, que o autoriza quando a

decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. A função uniformizadora da jurisprudência dos Tribunais brasileiros no que diz respeito à interpretação da lei *federal* em todo o território nacional é, neste caso, mencionada expressamente pelo permissivo constitucional.

A ressalva é importante: a tarefa de uniformização a ser desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça é de “lei *federal* em todo o território nacional” porque cabe àquele Tribunal dar a última palavra a respeito da interpretação (e, conseqüentemente, da *aplicação*) daquelas normas jurídicas, e não de quaisquer outras. Aplicam-se, à hipótese da letra “c”, portanto, as mesmas considerações que o n. 4.1, *supra*, faz com relação à letra “a”. A respeito do assunto, a Corte Especial do STJ examinará a necessidade, ou não, de o Recurso Especial fundado no permissivo da letra “c” indicar também o dispositivo de lei federal infraconstitucional sobre o qual se alega haver a divergência. Trata-se do REsp 1.346.588/DF.

A hipótese de cabimento do recurso especial ora examinada, por isto mesmo, não deixa de ser um *reforço* para aqueles outros casos. A constatação de que há divergência jurisprudencial entre dois ou mais Tribunais é, por si só, suficiente para demonstrar que, em pelo menos um dos casos, há “contrariedade” ou, o que é o mesmo, “negativa de vigência” a lei federal. O que vale destacar é que, neste caso do permissivo da letra “c”, a *circunstância* de que a decisão viola a lei federal é *objetivamente* constatável, o que levou o legislador a impor uma específica *forma* para demonstração da existência e da ocorrência da divergência, assunto ao qual se volta o n. 5.1, *infra*.

A divergência jurisprudencial, outrossim, precisa ocorrer no âmbito de Tribunais diversos porque não há, a não ser pelo próprio recurso especial, meio de uniformizar a jurisprudência. Se a divergência for constatada no âmbito de um mesmo Tribunal, o mecanismo para atingimento daquela finalidade é o incidente de “uniformização de jurisprudência”, disciplinado pelos arts. 476 a 479, ou, ainda, a medida a que se refere o § 1º do art. 555, assuntos aos quais se voltam os ns. 2 e 3 do Capítulo 2 da Parte II.

Tribunais diversos, contudo, não devem ser entendidos como Tribunais que se localizem em Estados diversos. Para os fins do recurso especial fundamentado na letra “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, é apta a

divergência, desde que devidamente demonstrada no caso concreto (v. n. 5.1, *infra*) entre acórdãos dos Tribunais de Justiça localizados nas capitais em que se encontram cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). Antes de sua extinção pela Emenda Constitucional n. 45/2004, outrossim, era válida a divergência existente entre Tribunais de Alçada e de Justiça localizados em um mesmo Estado. A justificativa repousa no que foi destacado pelo parágrafo anterior: não existia e não existe, em tais casos, outro mecanismo (recursal ou não recursal) para viabilizar a uniformização da interpretação da lei federal, constatação suficiente para que o Superior Tribunal de Justiça desempenhe sua missão constitucional.

#### **4.4. Recursos especiais repetitivos**

A Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, acrescentou o art. 543-C no Código de Processo Civil, passando a disciplinar o julgamento de “recursos repetitivos” pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade declarada de reduzir a quantidade de recursos que chegam àquele Tribunal. O instituto foi disciplinado pela Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008, da Presidência daquele Tribunal.

“Recursos repetitivos”, na dicção do *caput* do art. 543-C, são significativos da existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Constatando a sua existência, caberá ao Presidente do Tribunal de interposição do recurso especial selecionar um ou mais recursos que bem identifiquem a controvérsia e enviá-los ao Superior Tribunal de Justiça, que os julgará por todos os outros, os quais ficarão suspensos até então (art. 543-C, § 1º). O STJ já teve oportunidade de entender que a decisão que determina o sobrestamento dos recursos especiais perante os Tribunais de interposição não tem conteúdo decisório e, por isso, é irrecorrível. Nesse sentido: 2ª Turma, AgRg no Ag 1.223.072/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 9.3.2010, DJe 18.3.2010; 4ª Turma, AgRg no Ag 1.273.622/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. un. 27.4.2010, DJe 10.5.2010; 1ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 1.202.782/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 27.4.2010, DJe 14.5.2010; e 3ª Turma, AgRg no Ag 1.156.303/SC, rel. Min. Massami Uyeda, j. un. 8.6.2010, DJe 25.6.2010. Na MC 17.226/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 5.10.2010, DJe

17.11.2010, a 3ª Turma, colacionando o quanto decidido pela 2ª Seção na Rcl 3.652/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 14.10.2009, DJe 4.12.2009, indicou a possibilidade *excepcional* do controle daquela decisão pelo STJ desde que o julgamento do repetitivo já tenha iniciado perante aquele Tribunal Superior. Na Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.m.v. 16.2.2011, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça defendeu o entendimento de que o ato do Tribunal local que determina indevidamente o sobrestamento do Recurso Especial deve ser contrastado por “agravo *interno*”. Mencionou-se, na oportunidade, o quanto decidido pelo Plenário do STF no AI 760.358/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 19.11.2009, DJe 19.2.2010, a respeito da mesma questão analisada da perspectiva da repercussão geral.

A identificação do recurso como “repetitivo” não o exime do necessário preenchimento de todos os pressupostos inerentes ao seu juízo de admissibilidade, sob pena de não ser conhecido. É o que, corretamente, vem decidindo a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.061.530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 22.10.2008, DJe 10.3.2009) e a 2ª Turma daquele mesmo Tribunal (REsp 1.025.500/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 23.6.2009, DJe 4.8.2009).

De acordo com o § 1º do art. 1º da Resolução n. 8/2008 do STJ, “Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”. Complementando a diretriz quanto aos créditos de seleção dos recursos repetitivos, o § 2º do mesmo art. 1º disciplina que: “O agrupamento de recursos 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”.

Também o relator, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, constatando que existe jurisprudência dominante sobre a questão ou que a matéria está afeta àquele Tribunal, poderá determinar a sustação dos processos perante os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (art. 543-C, § 2º; art. 2º, § 1º, da Resolução n. 8/2008 do STJ).

Os demais parágrafos acrescentados ao novel art. 543-C criam normas similares àquelas reservadas para a identificação da “repercussão geral”

para fins de recurso extraordinário “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia” (art. 543-B; v. n. 3.5.2, *supra*).

Assim é que o relator poderá solicitar informações aos tribunais federais e estaduais a respeito da controvérsia que caracteriza, como tais, os “recursos especiais repetitivos”, a serem prestadas em quinze dias (art. 543-C, § 3º; art. 3º, § 1º, da Resolução n. 8/2008 do STJ). Pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, isto é, eventuais *amici curiae*, poderão ser ouvidos, a depender da relevância da matéria, pelo Ministro-relator, nos termos do RISTJ (art. 543-C, § 4º; art. 3º, § 1º, da Resolução n. 8/2008 do STJ). O Provimento n. 128/2008 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, “estabelece parâmetros de atuação do Conselho Federal da OAB para manifestação em recursos especiais repetitivos (artigo 543-C do CPC)”. De acordo com o art. 2º daquele ato normativo, “Caberá intervenção da OAB nos seguintes casos: I – quando o acórdão recorrido versar sobre a dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia ou sobre interesses coletivos ou individuais dos advogados (art. 54, II e III, da Lei n. 8.906/04); II – quando o acórdão recorrido versar sobre matéria de competência legal da Ordem dos Advogados do Brasil, em especial: a) defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, da boa aplicação das leis, da rápida administração da justiça e do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (art. 44, I, da Lei n. 8.906/94); b) representação, defesa, seleção e disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil (art. 44, II, da Lei n. 8.906/94)”.

Após tais providências, manifestar-se-á o Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, no prazo de quinze dias (art. 543-C, § 5º; art. 3º, § 2º, da Resolução n. 8/2008 do STJ).

Esgotadas essas diligências e enviada cópia do relatório e das demais peças processuais relevantes aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta da Seção ou da Corte Especial – vedado, conseqüentemente, seu julgamento *monocrático* ou pela Turma – para julgamento, que terá preferência sobre todos os demais, ressalvadas as hipóteses de réu preso e de *habeas corpus* (art. 543-C, § 6º; art. 4º da Resolução n. 8/2008 do STJ).

Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça e comunicados os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução n. 8/2008 do STJ), os recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento negado quando o acórdão recorrido coincidir com a orientação que prevaleceu no julgamento da Seção ou da Corte Especial do STJ. Caso contrário, de divergência da orientação firmada por aquele Tribunal, serão examinados pelo Tribunal *a quo* (art. 543-C, § 7º; art. 5º, III, da Resolução n. 8/2008 do STJ). Nesta última hipótese, quando for mantida a decisão divergente, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial (art. 543-C, § 8º).

Os recursos especiais eventualmente já distribuídos no âmbito do STJ receberão julgamento monocrático nos termos do art. 557 (art. 5º, I, da Resolução n. 8/2008 do STJ). Se ainda não distribuídos, seu julgamento está afeto à Presidência daquele Tribunal (art. 5º, II, da Resolução n. 8/2008 do STJ). O assunto foi objeto da Resolução n. 16/2013 daquele Tribunal, que “Dispõe sobre a competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça para, nas hipóteses que especifica, julgar os feitos antes da distribuição aos ministros e dá outras providências”.

O Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados, por fim, regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nas hipóteses albergadas pela sua nova disciplina (art. 543-C, § 9º). A Resolução n. 8/2008 do STJ vem desempenhando este papel. Mais recentemente, um “acordo de cooperação” entre aqueles Tribunais foi elaborado querendo criar, com a iniciativa, um maior entrosamento entre os diversos partícipes desta específica disciplina, inclusive com vistas a uma maior racionalização das informações disponíveis nos variados Tribunais acerca do assunto e dos casos que já estão ou merecem estar sob a égide do precitado art. 543-C. Na perspectiva do CNJ, a iniciativa acabou sendo corporificada na já mencionada – e oportuníssima – Resolução n. 160/2012 (v. n. 3.5.2, *supra*).

A análise dos dispositivos do Código de Processo Civil colocados em destaque traz à tona a questão concernente à *constitucionalidade* das regras relativas ao trato dos “recursos especiais repetitivos”. Estariam elas violando o “modelo constitucional do direito processual civil”, emprestando

às decisões do Superior Tribunal de Justiça verdadeiro efeito *vinculante*? Estaria a lei modificando, ainda que de forma discreta, as hipóteses de *cabimento* do recurso especial e, mais do que isso, o órgão competente para seu julgamento? As respostas a estas questões são, no entender deste *Curso*, positivas, porque as modificações foram introduzidas sem a prévia (e indispensável) aprovação da Proposta de Emenda à Constituição n. 358/2005, ainda em trâmite no Congresso Nacional, que, ao propor diversas modificações no art. 105 da Constituição Federal, introduz um § 3º naquele dispositivo segundo o qual: “A *lei* estabelecerá os casos de *inadmissibilidade* do recurso especial” (os itálicos são da transcrição).

De qualquer sorte, enquanto não reconhecida a inconstitucionalidade daqueles dispositivos, é mister sua observância com as considerações aqui lançadas e, pela similaridade procedimental, com as reflexões expostas pelos ns. 3.5, 3.5.1 e 3.5.2, *supra*, relativas à “repercussão geral” do recurso extraordinário. Mais ainda porque sua disciplina aplica-se aos recursos já interpostos quando da publicação da nova lei e ainda pendentes de julgamento (art. 2º da Lei n. 11.672/2008), o que, do ponto de vista do direito intertemporal processual (v. n. 4.3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), não é isento a críticas.

Para contornar esta crítica, é mister entender que o art. 543-C não traria nenhuma novidade relevante quanto ao *cabimento* do recurso especial e, conseqüentemente, não portaria nenhuma agressão ao seu “modelo constitucional”. Nesse sentido, não se trataria de permitir um *rejulgamento* do acórdão recorrido especialmente diante do resultado do julgamento dos “recursos pilotos” pelo Superior Tribunal de Justiça. Mas, diferentemente, de impor que, no exame de *admissibilidade* do recurso especial a ser feito pelo órgão competente, fosse levada em conta *também* aquela decisão, na esteira do que prevê a Súmula 83 do STJ (v. n. 5.1, *infra*). De certa forma, foi o que prevaleceu na Corte Especial do STJ na já mencionada Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, quando se sustentou o descabimento do agravo do art. 544 contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial com fundamento no art. 543-C, § 7º, I, quando o acórdão recorrido estiver no mesmo sentido daquele proferido em recurso representativo de controvérsia por aquele Tribunal.

Assumida esta linha argumentativa, ficaria descartada qualquer pecha de inconstitucionalidade do referido art. 2º da Lei n. 11.672/2008, na exata medida em que a nova disciplina legal não diria respeito ao *cabimento* do recurso mas, apenas e tão somente, ao seu *processamento*, legitimando, conseqüentemente, a aplicação da nova disciplina legislativa nos processos em curso.

Também aos recursos especiais repetitivos tem sido reconhecido um quê de *objetivação* no mesmo sentido pelo n. 3.5, *supra*, para a “repercussão geral”. Foi a razão pela qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (QO no REsp 1.063.343/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 17.12.2008, DJe 4.6.2009) decidiu ser inviável a *desistência* do recurso depois de ele ter sido selecionado para julgamento, nos moldes e para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil. O melhor entendimento para a hipótese é a que busca conciliar os interesses *privados* e *públicos* relativos ao processo. Assim, é preferível que seja aceita a desistência do recurso, hipótese em que a decisão recorrida transitará em julgado para as partes, sem prejuízo de, para os fins do precitado dispositivo codificado, ser selecionado outro recurso para julgamento e fixação da tese jurídica respectiva.

A lista dos “recursos repetitivos” tem sido publicada e constantemente atualizada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que disponibiliza todas as informações pertinentes em seu *site* na Internet.

Com relação aos recursos especiais repetitivos, têm aplicação as mesmas inquietações expostas pelo n. 3.5.2, *supra*, quanto à dinâmica do art. 543-B.

O precitado “acordo de cooperação” firmado entre o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, por sua vez, quer apresentar respostas a diversas das indagações relativas à dinâmica dos “recursos repetitivos”.

Na cláusula 1.2, lê-se que “Os recursos especiais serão selecionados levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e, preferencialmente: I – a maior diversidade de fundamentos no acórdão e argumentos no recurso especial; II – a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; III – a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a paridade no número de

feitos selecionados; IV – a inexistência de interposição de outro recurso constitucional simultâneo no mesmo processo, que possa retardar o julgamento final da tese, na forma do artigo 543-C do CPC”.

O cabimento de agravo interno (impropriamente denominado “agravo *regimental*”) para contrastar o ato que determina o sobrestamento indevido do recurso especial é previsto expressamente na cláusula 3.1.4. A cláusula 3.1, por sua vez, determina que o sobrestamento dê-se mesmo quando há outros fundamentos no recurso especial incapazes de serem alcançados pela disciplina do art. 543-C.

De acordo com a cláusula 4.2, “Será inadmitido na origem o recurso especial interposto contra acórdão que aplica entendimento firmado pelo STJ em recurso repetitivo, mesmo que a demanda não tenha sido suspensa, na forma do art. 543-C do CPC”. A cláusula seguinte, 4.3, dispõe que “Não caberá agravo da decisão de inadmissão do recurso especial na hipótese do item 4.2, nos termos do art. 544, § 3º, parte final, do CPC.”, embora a cláusula 4.4 ressalve ser cabível agravo regimental “... apenas na hipótese em que o recorrente demonstrar que, por inexistência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto”.

A cláusula 4.5, por fim, dispõe caber ao órgão competente do Tribunal de interposição do recurso especial: “I – julgar os agravos regimentais interpostos da decisão que denegar seguimento ao recurso especial, na forma do art. 543-C, § 7º, I, do CPC e inciso I do item 4.1 deste acordo; II – julgar os agravos regimentais interpostos da decisão que inadmitir recurso especial na forma do item 4.2 deste acordo”.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, é a “Câmara Especial de Presidentes” a competente para “julgar os agravos regimentais, assim determinados pelo STJ, interpostos contra decisões da Presidência do Tribunal, da Vice-Presidência e das Presidências das Seções, que não admitem ou declaram prejudicado o recurso especial, na forma do § 7º do art. 543-C do CPC”.

A iniciativa, posto ser louvável, repita-se, em termos de *racionalização* da atividade jurisdicional relativa à aplicação da disciplina prevista no art. 543-C não pode ser recebida passivamente pela comunidade jurídica. É que o precitado “acordo de cooperação” vai muito além de mera regulamentação administrativa dos Tribunais. Ele toma partido em questões jurisdicionais,

de conteúdo e alcance constitucionais e legais e que, por isso, extrapolam – e muito – o papel normativo que o “modelo constitucional do direito processual civil” reconhece legítimo para ser exercido pelos Tribunais. Não há como, sempre com o devido respeito, aceitar cláusulas peremptórias de *irrecorribilidade* de decisões que, à toda evidência, são recorríveis. A otimização das pautas no Superior Tribunal de Justiça – e isto, evidentemente, aplica-se também ao Supremo Tribunal Federal – não pode passar ao largo de diversas outras questões. Não é porque há um enorme e verdadeiramente absurdo número de recursos especiais, que qualquer medida é justificável para reduzi-los. No modelo de Estado brasileiro, os *fins* não podem justificar os *meios*.

O que, na perspectiva dos tratos *administrativos* e *gerenciais* das complexas questões relativas aos recursos repetitivos, ocupa lugar de destaque na atualidade é a precitada Resolução n. 160/2012 do CNJ, editada em estreita consonância com a vocação institucional daquele órgão.

#### **4.5. Repercussão geral, súmula impeditiva e o recurso especial**

O recurso especial, diferentemente do recurso extraordinário, não está sujeito à demonstração que a decisão recorrida ofereça “repercussão geral”. Só por força de Emenda Constitucional é que um tal mecanismo pode passar a integrar legitimamente o juízo de *admissibilidade* daquele recurso, a exemplo do que se deu para o recurso extraordinário com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (v. n. 3.5, *supra*). Há proposta neste sentido. Trata-se da PEC n. 209/2012 que quer introduzir um novo § 1º ao art. 105 da Constituição Federal (passando o atual parágrafo único a § 2º) com a seguinte redação: “No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”. O assunto está pendente de análise na Câmara dos Deputados.

Com relação à chamada “súmula impeditiva de recursos”, a conclusão é a mesma. Tanto que tramita, na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição n. 358/2005, que introduz o art. 105-A na Constituição

Federal, cujo *caput* tem a seguinte redação: “O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Complementando-o, lê-se do projeto o § 3º do dispositivo: “São insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que deem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso”.

Enquanto aquelas Emendas Constitucionais não são aprovadas, em consonância com o “devido processo legislativo”, contudo, é vedado ao legislador, ao intérprete e ao aplicador do Direito alterar os casos de *cabimento* do recurso especial, taxativamente previstos no vigente art. 105. Tanto que o n. 2.4 do Capítulo 3 descarta a aplicação, ao recurso especial (e, por identidade de motivos, também ao recurso extraordinário), da “súmula impeditiva de recursos” que foi legitimamente criada, para os “recursos *ordinários*”, pelo § 1º do art. 518.

É esta a razão pela qual, com o devido respeito, este *Curso* não pode emprestar adesão ao entendimento de que o NUPRE, órgão que atua junto à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, tenha competência para julgar liminar e monocraticamente os recursos especiais levando em conta o referido § 1º do art. 518, aplicando, se for o caso, a Súmula do STJ não observada na espécie pelo Tribunal *a quo*. Não há espaço para que aquela específica disciplina seja emprestada ao recurso especial por mera alteração *regimental*, ainda que centrada na redistribuição de competência para órgãos *administrativos* do Tribunal. O “modelo constitucional” impõe radical transformação nas regras relativas ao recurso especial, como a que tramita nas noticiadas Propostas de Emenda à Constituição, que, uma vez aprovadas, ainda demandarão disciplina legislativa específica, como expressamente exigem os dispositivos projetados.

Mesmo que se compartilhe da preocupação com o elevado número de recursos especiais dirigidos ao STJ e com a necessidade da redução de trabalho daquele Tribunal – até para que possa, a contendo, desempenhar a sua função *constitucional* de uniformizar o entendimento da lei federal em

todo território nacional –, as técnicas que podem ser empregadas para o atingimento daquela finalidade devem ser as legitimamente aceitas pelo ordenamento jurídico. Em um Estado Democrático de Direito não só os  *fins*  mas também os  *meios*  para atingi-los devem ser pautados nos parâmetros constitucionais.

## 5. A PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

Superadas as questões relativas às hipóteses de  *admissibilidade*  do recurso extraordinário e do recurso especial consoante as regras dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, sua interposição e tramitação perante o órgão  *a quo*  e seu julgamento pelo órgão  *ad quem*  admitem tratamento conjunto, consoante adiantado pelo n. 2,  *supra* .

O recurso extraordinário e o recurso especial são interpostos perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido (consoante atribuição dada pelo respectivo Regimento Interno), em petições distintas, no prazo comum de quinze dias (arts. 508 e 541,  *caput* ). A fluência do prazo recursal não oferece nenhuma peculiaridade, bastantes, por isto mesmo, as considerações do n. 2.5 do Capítulo 3. Nos casos em que, excepcionalmente, o recurso extraordinário é admitido de decisões de primeira instância (v. n. 2.2,  *supra* ), o órgão de interposição é o próprio juízo prolator da decisão recorrida.

A falta de identificação do específico caso de admissibilidade pelo recorrente em sua petição de interposição do recurso extraordinário já recebeu, por vezes, censura no Supremo Tribunal Federal, que deixou de apreciar recursos extraordinários que não traziam, clara ou corretamente, a indicação do autorizativo constitucional. Trata-se de interpretação do art. 321 do RISTF, segundo o qual: “O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, III, ‘a’, ‘b’, ‘c’, e 121, § 3º, da Constituição Federal”. Mais recentemente, contudo, a 2ª Turma daquele Tribunal tem abandonado o rigor de sua jurisprudência anterior, entendendo que a exigência regimental não é “essencial” quando “seja possível verificar-se qual o fundamento veiculado nos autos” (assim, v.g., STF, 2ª Turma, AI-AgR 594.633/SP, rel. Min. Eros Grau, j.un. 26.6.2007, DJ 17.8.2007, p. 79).

A petição do recurso, de acordo com os incisos do art. 541, deverá conter a “exposição do fato e do direito”, a “demonstração do cabimento do recurso” e as “razões de reforma”. Quando o recurso *especial* for fundado em dissídio jurisprudencial (art. 105, III, “c”, da Constituição Federal), a prova da divergência jurisprudencial deverá observar o disposto no parágrafo único do art. 541, assunto a que se volta o n. 5.1, *infra*.

Não subsiste, na sistemática vigente, a orientação original do art. 542 e do § 2º do art. 543 do Código de 1973, alterada desde a Lei n. 8.038/1990, segundo a qual eram distintos os prazos para justificação do *cabimento* do recurso e, se admitido, para apresentação de suas razões respectivas, isto é, as “razões de reforma”.

Como o recurso extraordinário e o recurso especial têm seu cabimento restringido ao reexame de questões meramente jurídicas, a exigência feita pelo inciso I do art. 541, de que sejam expostos os *atos* constitutivos do pedido do recorrente, assim como o direito aplicável ao caso concreto, deve ser entendida no seu devido contexto: trata-se de o recorrente apresentar o que se passou no processo até o proferimento da decisão recorrida, fornecendo material bastante para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possam identificar a *qualidade* da controvérsia e verificar, conseqüentemente, se o recurso é, ou não, cabível.

A demonstração de cabimento dos recursos, com efeito, é exigência feita pelo inciso II do art. 541. Trata-se da parte da petição em que o recorrente demonstrará a presença de um ou mais de um dos permissivos constitucionais estudados pelos ns. 2 a 4, *supra*. Vale o destaque de que, por força do art. 327, *caput*, do RISTF, a identificação de que a decisão recorrida oferece “repercussão geral” deve ser tratada como “preliminar *formal*”, o que deve ser compreendido como a necessidade de o recorrente indicá-la, demonstrando-a, em item separado de sua petição recursal. A melhor interpretação, contudo, é aquela que recusa a inadmissão do recurso por questões meramente formais (máxime quando impostas por norma infralegal), suficiente, para os fins pretendidos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, que o recorrente demonstre, fundamentadamente, a ocorrência da “repercussão geral”.

Cabe destacar, outrossim, que nas hipóteses das alíneas “a” dos arts. 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal, o *cabimento* do recurso diz

respeito à demonstração de que há “causa decidida” em “única ou última instância”, se for o caso, por Tribunal (v. ns. 2.1 e 2.2, *supra*, respectivamente). Saber se o dispositivo da Constituição Federal ou da lei federal foi efetivamente contrariado ou teve sua vigência negada é *mérito* do recurso que pressupõe, por isto mesmo, superação do juízo de *admissibilidade* recursal.

Para o *cabimento* do recurso extraordinário e do recurso especial, destarte, é suficiente a alegação, devidamente fundamentada (v. n. 2.6 do Capítulo 3), de que há “questão *constitucional*” ou “questão *federal*”, demonstrando, o recorrente, no que ela consiste, observando, inclusive, o que o n. 2.1, *supra*, acentuou sobre o chamado “prequestionamento”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, contudo, tende a sobrepor estes dois momentos, presa a uma interpretação bastante *literal* dos permissivos constitucionais (que, rigorosamente, dispõem que os recursos cabem quando a decisão contrariar a Constituição ou a lei federal) e com vistas, não há por que duvidar, a uma redução sensível no número de recursos para julgamento. A doutrina critica com veemência este entendimento, de resto atécnico, destacando, no entanto, a existência de decisões que, de forma correta, distinguem o plano da *admissibilidade* e do *mérito* recursal. Por todos, é imprescindível a leitura das reflexões feitas por José Carlos Barbosa Moreira, em seu “Julgamento do recurso especial *ex art. 105, III, a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”, publicado na Sétima Série de seus *Temas de direito processual*. Este *Curso*, a propósito do assunto, acrescenta que a redução do absurdo número de recursos extraordinários e de recursos especiais que chegam ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça diariamente deve dar-se pela criação de filtros recursais que atendam ao “modelo constitucional do direito processual civil”. Não, com o devido respeito, pelo estabelecimento de tradicional e sempre crescente jurisprudência restritiva no exame de *admissibilidade* recursal, muitas vezes chamada de “jurisprudência *defensiva*”, editada sem maiores preocupações substanciais mas, lamentavelmente, apenas *formais*, com o único intuito (por vezes declarado) de reduzir a carga de trabalho que paira sobre aqueles Tribunais no que tange aos recursos aqui estudados e aos agravos que buscam o seu processamento nos termos do art. 544.

Por serem “recursos *extraordinários*”, não cabem recurso extraordinário e recurso especial para mera reapreciação de provas (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ) ou para mera interpretação de cláusula contratual (Súmula 454 do STF e Súmula 5 do STJ). A vedação, correta, não pode ser confundida com a possibilidade – e, por vezes, a *necessidade* – de ser *revalorada* a prova produzida pelas instâncias ordinárias. Esta, a *revalorização* da prova é questão de direito, apta, pois, a ser reexaminada pelo recurso extraordinário e pelo recurso especial, diferentemente do reexame da prova. A distinção, assente na jurisprudência do STF e do STJ, foi mais recentemente reafirmada em julgado da 4ª Turma do STJ (AgRg no REsp 1.036.178/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j.un. 13.12.2011, DJe 19.12.2011), no qual se lê, por significativo, o seguinte trecho: “... em razão do referido enunciado sumular desta Corte Superior, mostra-se inviável, no âmbito do recurso especial, reexaminar os fatos e provas dos autos, ou seja, promover uma reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros. Assim, no apelo extremo não se pode examinar mera *quaestio facti* ou *error facti in iudicando*. Todavia, o *error in iudicando* (inclusive, o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* podem ser objeto do recurso especial. (...) A revalorização da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o Ministro Felix Fischer: ‘A revalorização da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica o vedado reexame do material de conhecimento’ (REsp 683.702/RS, Quinta Turma, julgado em 01.03.2005). No mesmo sentido, dentre outros: REsp 856.706/AC, rel. Ministra Laurita Vaz, rel. p./acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 28/06/2010 e REsp 1104096/SP, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009”. Além destes, dentre tantos, v.: STJ, 1ª Turma, REsp 734.541/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.2.2006, DJe 20.2.2006.

A Súmula 735 do STF, ampliando a inviabilidade de reexame de provas em sede de recurso extraordinário, afastou o cabimento do recurso contra “acórdão que defere medida liminar”, medida que *antecipa* os efeitos da

tutela jurisdicional (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) de acordo com a constatação de determinadas circunstâncias *fáticas* de cada caso concreto a ser feita pelo magistrado. Também consta dos precedentes da referida súmula a circunstância de aquela decisão não ser *definitiva* (v. n. 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). A orientação não pode ser generalizada porque nem sempre a antecipação da tutela envolve questão exclusivamente de fato no sentido em que é interdita a manifestação do STF e do STJ em sede de recursos extraordinário e especial, respectivamente. Neste sentido, distinguindo, com acerto, os casos de cabimento e de descabimento do recurso especial desta perspectiva, os seguintes julgados do STJ: 2ª Turma, AgRg no REsp 1.052.435/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 21.8.2008, DJe 5.11.2008; 1ª Turma, REsp 696.858/CE, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 2.5.2006, DJe 1.8.2006, p. 371 e 1ª Turma, REsp 1.125.661/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.m.v. 27.3.2012, DJe 16.4.2012.

Demonstrado o *cabimento* do recurso extraordinário e do recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a ofensa à Constituição Federal e à lei federal, sustentando qual é a interpretação que melhor se afina ao ordenamento jurídico (art. 541, III). É nesta parte do recurso que o recorrente deve demonstrar no que a decisão recorrida deve ser anulada ou reformada, conforme o caso, apresentando as suas razões, que serão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do *mérito* recursal. Como se dá em todo e em qualquer julgamento, o acolhimento do pedido recursal significará o seu *provimento* e a sua rejeição, o seu *improvimento*.

Tem plena incidência, para o recurso extraordinário e para o recurso especial, o “princípio da *dialeticidade*” (v. n. 8 do Capítulo 2), no sentido de que as razões recursais devem demonstrar não só o seu cabimento mas também o porquê de seu provimento, o que evoca a Súmula 284 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”) e a Súmula 285 daquele mesmo Tribunal (“Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra “c” do art. 101, III, da Constituição Federal”).

O recurso *extraordinário* também pode ser interposto por fax, observando-se, para tanto, além das considerações genéricas que faz o n. 2.6 do Capítulo 3, o disposto na Resolução n. 179, de 26 de julho de 1999, com as modificações da Resolução n. 351, de 29 de novembro de 2007, ambas da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito à interposição do recurso *especial* por fax, é importante acentuar que, com o advento da Lei n. 9.800/1999, não há espaço para subsistência da vedação constante da Resolução n. 43, de 23 de outubro de 1991, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, que proíbe o uso daquele meio para a apresentação de petições e recursos dirigidos àquela Corte. A aplicação da lei no âmbito daquele Tribunal, contudo, só foi admitida para os recursos especiais interpostos após a edição do referido diploma legal (STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 303.706/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.m.v. 3.8.2000, DJ 26.3.2001, p. 484; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 16.738/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 4.4.2000, DJ 15.5.2000, p. 148; e STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 255.275/SC, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.un. 3.12.1999, DJ 28.2.2000, p. 81).

Também é aceita a interposição e a tramitação do recurso extraordinário e do recurso especial por meios eletrônicos (*e-mail*), nos termos da Lei n. 11.419/2006 (v. n. 2.6 do Capítulo 3).

A disciplina é feita, no Supremo Tribunal Federal, pelos arts. 23 a 28 da Resolução n. 427/2010 da Presidência daquele Tribunal, que tratam do “recurso extraordinário *eletrônico*”, com alterações posteriores. Os recursos extraordinários *admitidos* devem ser *digitalizados*, com observância do disposto no art. 24, e enviados por *e-mail* ao Supremo Tribunal Federal (art. 23), permanecendo os “autos físicos” do processo no órgão de origem até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no recurso extraordinário (art. 28).

O uso da “petição eletrônica”, inclusive a relativa aos recursos especiais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é disciplinado pela Resolução n. 1/2010 da Presidência daquele Tribunal.

## **5.1. Nos casos de recurso especial fundado na divergência jurisprudencial**

Nos casos em que o recurso especial tiver como base a alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, isto é, em que ele for interposto com base na divergência jurisprudencial, cabe ao recorrente demonstrar, para os fins do art. 541, II, não só a *existência* daquela mas também *comprovar* que a causa, tal qual decidida, diverge concretamente da solução dada por Tribunal diverso. A exigência consta do parágrafo único do art. 541, que tem redação dada pela Lei n. 11.341/2007 e que é complementada pelo art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre a prova da *existência* da divergência, deverá ser feita por certidão, cópia autenticada, inclusive pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal (art. 255, § 1º, “a”, do RISTJ), ou pela citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão indicada como paradigma, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. A veiculação de julgados por mídia eletrônica e a reprodução de julgado disponível na internet, com a indicação da respectiva fonte, também é admitida para tal fim, mercê da atual redação do parágrafo único do art. 541.

Assim, a indicação da decisão paradigma, isto é, aquela que diverge do entendimento prevalecente no caso concreto e que rende ensejo ao *cabimento* do recurso especial, pode ser colhida nos repositórios de jurisprudência *oficiais, autorizadas* ou *credenciados* por aquele Tribunal, tudo em conformidade com Portarias expedidas pela Presidência daquele Tribunal com fundamento e para os fins dos arts. 133 a 137 de seu Regimento Interno (art. 255, § 3º, do RISTJ). A Instrução Normativa n. 1, de 22 de fevereiro de 2006, do Ministro Diretor da *Revista do Superior Tribunal de Justiça* dispõe “sobre o registro das publicações eletrônicas como repositórios autorizados e credenciados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que regulamentou o Ato n. 34, de 22 de fevereiro de 2006, da Presidência daquele Tribunal.

Se o acórdão paradigma estiver publicado na íntegra em repositório autorizado, não há necessidade de sua cópia ser juntada aos autos, bastando a menção do volume do repositório e da página em que está o acórdão. Caso contrário, a sua cópia deve ser juntada aos autos.

Sobre a *comprovação* da ocorrência da divergência, cabe ao recorrente transcrever trechos da decisão recorrida e da decisão eleita como

paradigmática (ou, se for o caso de haver várias, das decisões) para evidenciar que os casos, a despeito de serem, no que lhes é essencial, similares, receberam do Estado-juiz soluções diametralmente opostas (art. 255, § 2º, do RISTJ). É necessário transcrever, copiar e comparar trechos das situações fáticas e jurídicas do acórdão recorrido e do indicado como paradigma. É imprescindível que se faça o confronto entre os julgados para identificar suas semelhanças (fáticas e jurídicas) e suas diferenças (quanto ao resultado). É o que comumente se denomina “demonstração *analítica* da divergência”, que remonta à antiga Súmula 291 do STF.

A exigência, que pode soar *formal*, é de cunho substancial, verdadeiramente justificável. A tarefa uniformizadora da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça só se faz presente quando se trata de uma *mesma* questão que apresenta, pela participação de, pelo menos dois Tribunais diversos, soluções *diversas*. Caso contrário, não há motivo para atuação daquele Tribunal em sede de recurso especial.

Tanto assim que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a ser bastante tolerante quanto à prova da *existência* da divergência em algumas situações. Assim, por exemplo, quando o acórdão paradigma estiver publicado na íntegra em repositório autorizado, não há necessidade de sua cópia ser juntada aos autos, bastando a menção do volume do repositório e da página em que se encontra o acórdão (art. 255, § 1º, “b”, do RISTJ). Também quando se tratar do que é chamado de “divergência notória”, isto é, aquela que é amplamente conhecida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça por dizer respeito a questões repetitivas ou “recursos múltiplos” (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 931.579/MS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 6.12.2007, DJ 14.12.2007, p. 390; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 947.674/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 4.12.2007, DJ 19.12.2007, p. 1229; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 895.455/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 25.9.2007, DJ 22.10.2007, p. 304; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 711.300/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 26.6.2007, DJ 6.8.2007, p. 619; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 618.770/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 12.6.2007, DJ 25.6.2007, p. 310; e STJ, 1ª Turma, REsp 929.559/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 5.6.2007, DJ 21.6.2007, p. 306). O mesmo se diga, por fim, quando a

divergência jurisprudencial se dá com súmulas do próprio Superior Tribunal de Justiça, por força do que dispõe o art. 124 de seu Regimento Interno.

Em tais casos, porém, importa frisar que a flexibilização admitida pela orientação jurisprudencial destacada dá-se com relação à *demonstração da existência da divergência*, e não com a sua *comprovação* no caso concreto, isto é, o recorrente deve demonstrar que a solução propugnada pelo acórdão eleito como paradigma ou com a súmula deve prevalecer sobre o acórdão recorrido. Expresso nesse sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 755.211/RS, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 27.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 294.

Como destacado pelo n. 4.3, *supra*, não são aptos para a comprovação da *existência* da divergência julgados do mesmo Tribunal (Súmula 13 do STJ e, anteriormente, Súmula 369 do STF). Também não há, para fins de admissibilidade do recurso especial pela letra “c”, divergência “quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”, orientação consagrada na Súmula 83 do STJ, derivada da Súmula 286 do STF.

O acórdão paradigma, contudo, deve ser *atual*. É ônus do recorrido, em suas contrarrazões, sustentar que a decisão indicada para os fins do art. 105, III, “c”, da Constituição Federal pelo recorrente já não reflete o entendimento predominante no Tribunal. O acolhimento desta tese, todavia, não diz respeito à *admissibilidade* do recurso, como insinua a Súmula 83 do STJ, que repete, no particular, a orientação já consagrada na Súmula 286 do STF, mas, diferentemente, de mérito, de negar razão ao recorrente, improvando o seu recurso, por entender *correta* a decisão recorrida, tal qual proferida.

O dissídio jurisprudencial verifica-se quando há duas decisões diferentes para a *mesma* questão jurídica (de cunho federal). É fundamental, por isto mesmo, verificar em que medida há identidade das circunstâncias fáticas determinantes da aplicação, ou não, de certo dispositivo *legal federal*.

Comprovada a *existência* e a *ocorrência* da divergência jurisprudencial no caso concreto, o recurso especial deve ser *conhecido*, isto é, resta superado o juízo de admissibilidade respectivo. No juízo de mérito é que o Superior Tribunal de Justiça decidirá qual das duas interpretações – a da decisão recorrida ou a do acórdão recorrido – deve prevalecer. Não há, para

tais casos, a *sobreposição* entre os juízos de admissibilidade e de mérito de que deu notícia o n. 5, *supra*.

Embora o art. 102, III, da Constituição Federal silencie a respeito, não há como deixar de reconhecer que as considerações aqui expostas *podem* fomentar a interposição do recurso extraordinário fundamentado em qualquer uma das alíneas daquele dispositivo, quando houver divergência jurisprudencial acerca da “questão *constitucional*”, como destacado pelo n. 3.1, *supra*. A *existência* de uma tal divergência, bem assim a sua *comprovação*, à falta de regra expressa pode bem ser disciplinada não só pelo parágrafo único do art. 541 mas também pela já mencionada Súmula 291 do STF.

## 6. INTERPOSIÇÃO

O recurso extraordinário e o recurso especial deverão ser interpostos perante a “secretaria do Tribunal” prolator da decisão recorrida, não subsistindo mais, na atual redação do *caput* do art. 542, dada pela Lei n. 10.352/2001, a restrição anterior de que a petição respectiva devia ser necessariamente protocolada no próprio Tribunal. Isto significa dizer que a apresentação dos recursos deve observar a regra genérica do parágrafo único do art. 547, incluído, não por acaso, por aquela mesma Lei, segundo a qual “os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau” (v. n. 2.6.1 do Capítulo 3).

A autorização legislativa, contudo, não conduz ao entendimento de que o cancelamento da Súmula 256 do STJ, segundo a qual “o sistema de ‘protocolo integrado’ não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça”, seria suficiente para dar irrestrita aplicação ao dispositivo codificado. Se é certo que o parágrafo único do art. 547 veio para preencher lacuna existente na lei federal quanto àquela possibilidade – mormente quando lido em conjunto com o *caput* do art. 542, com o parágrafo único do art. 506 e com o § 3º do art. 172 –, também o é o entendimento de que a possibilidade de interposição dos recursos especiais (e, por identidade de motivos, os recursos extraordinários e os agravos de instrumento que buscam o seu destrancamento; para estes, v. o n. 4 do

Capítulo 7) nos “protocolos integrados” depende de expressa previsão a ser feita pelas normas jurídicas *locais*.

No caso do Estado de São Paulo, por exemplo, o inciso I do art. 1º da Lei estadual n. 11.336/2003, ao cuidar do assunto, admite o uso daquele protocolo para os recursos e manifestações “dirigidos aos tribunais da Justiça comum” e, de acordo com o inciso II do mesmo dispositivo, para as “contestações e manifestações relativas às ações de competência originária desses tribunais”. Não há dúvida de que, em tal caso, a norma local, ela própria, é restritiva, sendo indiferente, portanto, o cancelamento da precitada Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Máxime quando o § 3º do art. 1º do Provimento CCIX/1985 do Conselho Superior da Magistratura daquele Estado, na redação que lhe deu o Provimento n. 462/1991, do mesmo órgão, expressamente excepciona do “protocolo integrado” “as petições de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça”, que “somente poderão ser apresentadas no protocolo do Tribunal *a quo*”, isto é, no protocolo do próprio Tribunal de Justiça.

Cabe dizer o mesmo com relação ao art. 107, § 1º, do Provimento n. 64/2005 da Corregedoria-Geral do Tribunal Federal da 3ª Região, segundo o qual “Excluem-se desta autorização as petições iniciais de causa, os recursos especiais, os recursos extraordinários, os recursos ordinários interpostos nos termos do artigo 105, II, ‘a’ a ‘c’, da Constituição Federal, assim com os agravos de instrumento interpostos de decisões que não admitam ou não recebam os recursos mencionados”.

Em plena harmonia com as diretrizes legais e, por isto, também com a revogação da precitada Súmula do STJ encontra-se a Resolução n. 5/2007, do Conselho de Administração do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que “dispõe sobre o protocolo integrado eletrônico da 5ª Região”, que admite, de maneira expressa, em seu art. 8º, que as “petições de Recurso Especial, Extraordinário e Ordinário e seus respectivos agravos” sejam recebidas de acordo com aquele sistema. Também no âmbito do TRF-4, a Resolução n. 37/2006 revogou os §§ 2º e 3º do art. 2º da Resolução n. 114/2005 para admitir que as petições dirigidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça fossem apresentadas perante o “Sistema Único de Protocolo”.

Por essas razões, o melhor entendimento é o de que o cancelamento da Súmula 256 do STJ é *indiferente* em todos os casos em que as normas locais admitirem o uso de “protocolos descentralizados”, inclusive para os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, na linha do que já teve oportunidade de decidir a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Ag 737.123/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 3.5.2006, DJ 14.5.2007, p. 237, em cuja ementa lê-se o seguinte: “O sistema de ‘protocolo integrado’ é aplicável aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, salvo nas hipóteses em que seu uso esteja vedado pelo Tribunal prolator do acórdão, em suas normas regulamentares”. Inadmitindo o recurso especial à falta de autorização expressa nas antigas normas do TRF-4, v.: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 585.082/PE, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 20.9.2007, DJ 29.10.2007, p. 321, com a menção de vários outros julgados no mesmo sentido.

O prazo para interposição do recurso extraordinário e do recurso especial é de quinze dias (art. 508), aplicando-se-lhes as mesmas considerações expostas pelo n. 2.5 do Capítulo 3.

O signatário do recurso extraordinário e do recurso especial deve, no momento da interposição do recurso, estar devidamente habilitado nos autos. É o entendimento pacífico no âmbito do STF (1ª Turma, AI-AgR 646.222/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 20.11.2007, DJ 14.12.2007, p. 64; Pleno, AI-AgR-AgR 624.317/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 4.6.2007, DJ 24.8.2007, p. 24; e 2ª Turma, AI-AgR 541.454/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 8.8.2006, DJ 23.2.2007, p. 26) e do STJ (Súmula 115 e, mais recentemente, 1ª Seção, EREsp 899.436/SP, rel. p./acórdão Min. Eliana Calmon, j.m.v. 14.11.2007, DJ 19.12.2007, p. 1139).

A orientação é, com o devido respeito, rígida demais. Não há como, aprioristicamente, reputar que o ato de recorrer (mesmo que se trate, como aqui, de “recursos *extraordinários*”) não possa ser considerado “ato urgente” a legitimar a incidência do art. 37 e do art. 5º, § 1º, da Lei n. 8.906/1994. Cada situação concreta merece, por isto mesmo, exame detido, mormente à luz da interpretação que o n. 6.1 do Capítulo 5 propõe ao § 4º do art. 515: o dispositivo, que bem realiza o “princípio da instrumentalidade das formas” (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), deve ter aplicação ampla também ao recurso extraordinário e ao recurso especial no que diz

respeito ao seu próprio aspecto formal, isto é, no que tange às regras de seu procedimento, desde a sua interposição.

O recurso extraordinário e o recurso especial devem ser *preparados* no ato de sua interposição, aplicando-se-lhes o art. 511 (v. n. 2.7 do Capítulo 3). Além do “porte de remessa e retorno dos autos”, são também devidas “custas”, que, para o Superior Tribunal de Justiça, foram instituídas pela Lei n. 11.636/2007, suplantando, no particular, o disposto no art. 112, *caput*, de seu Regimento Interno. O não recolhimento destas e daquele acarreta a *deserção* do recurso, bastante ilustrativa, no particular, a Súmula 187 do STJ: “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”. A matéria é passível de conhecimento de ofício, como bem decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nos EREsp 978.782/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j.m.v. 20.5.2009, DJe 15.6.2009.

Cabe destacar que o recolhimento do preparo recursal, em tais hipóteses, deve dar-se em guias tributárias *federais*, mesmo quando o recurso extraordinário e o recurso especial sejam interpostos de decisões proferidas por órgãos da Justiça Estadual. É que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são órgãos jurisdicionais federais.

Há julgados acentuando que o recolhimento dos valores em guias erradas, com códigos de arrecadação equivocados ou sem a menção ao número do processo, conduz à *deserção* recursal (assim, v.g., STJ, 2ª Turma, RMS 25.832/MG, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 4.9.2008, DJe 1.10.2008), A melhor orientação para a hipótese, contudo, é a de que entende aplicável, à espécie, a diretriz decorrente do § 4º do art. 511, admitindo-se a correção do ato, meramente *formal* (v. n. 6.1 do Capítulo 5).

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.103.021/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.m.v. 26.5.2009, DJe 8.6.2009) já teve oportunidade de decidir ser indevido o recolhimento dos valores relativos ao preparo recursal pela Internet, alegando falta de fé pública no comprovante respectivo, entendimento com o qual, com o devido respeito, não há como concordar. Também aqui, qualquer dúvida quanto ao adequado cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do próprio recurso impõe a observância do precitado art. 515, § 4º. A questão está pendente de análise

na Corte Especial daquele Tribunal nos autos do AgRg no Ag 1.110.107/PR, rel. Min. Luiz Felipe Salomão.

Após a interposição do recurso, ou, se for o caso, dos recursos, o recorrido será intimado para apresentação de suas contrarrazões, cujo prazo, por força do art. 508, é de quinze dias, cabíveis a respeito as mesmas considerações tecidas pelo n. 2.5 do Capítulo 3 (art. 542, *caput*). É no prazo das contrarrazões que o recorrido deverá interpor, se for o caso, recurso extraordinário e/ou recurso especial *adesivo*, nos termos do art. 500, I e II (v. n. 4.4 do Capítulo 1).

## 7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO ÓRGÃO A QUO

Com ou sem as contrarrazões, será feito o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e/ou do recurso especial. O § 1º do art. 542 reserva, para tal finalidade, o prazo de quinze dias, que, por ser *impróprio*, traz à tona as considerações feitas pelo n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 e impõe, corretamente, que a decisão respectiva, independentemente de seu conteúdo, seja *fundamentada*, o que se afina ao “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A determinação vem repetida na Súmula 123 do STJ: “A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais”.

Na hipótese de o juízo de admissibilidade ser *positivo*, os autos serão enviados ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, observando-se, quando o caso comportar interposição concomitante do recurso extraordinário e do recurso especial, o disposto no art. 543 (v. n. 10, *infra*).

O juízo *positivo* de admissibilidade feito pelo órgão *a quo* não vincula o Supremo Tribunal Federal nem o Superior Tribunal de Justiça. Pode acontecer, portanto, de, a despeito da remessa dos autos àqueles Tribunais, ser indeferido o seu processamento, que, se for monocrático, dará ensejo à interposição do “agravo *interno*” a que se refere o § 1º-A do art. 557.

Se o juízo de admissibilidade for *negativo*, a decisão comporta contraste pelo recurso de agravo disciplinado pelo art. 544, estudado pelo n. 4 do

## Capítulo 7.

Pode acontecer, também, de o recurso extraordinário ou recurso especial, interposto com base em mais de um dos permissivos constitucionais (por exemplo, recurso especial com fundamento nas letras “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal), ser admitido pelo órgão *a quo* por apenas um dos fundamentos. Em tais casos, a orientação vencedora (Súmulas 292 e 528 do STF) é de que não cabe o agravo do art. 544. A orientação merece ser acolhida porque aplica bem o “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Como o juízo de admissibilidade positivo, a despeito de parcial, feito pelo órgão *a quo* não vincula o que será feito pelo órgão *ad quem*, não há razão para admitir recurso contra aquela decisão que não teve o condão de impedir a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, consoante o caso.

Com relação ao recurso extraordinário e à necessidade de demonstração, de pronto, da *repercussão geral* da questão constitucional, é correto o entendimento, a despeito do § 2º do art. 543-A, de que o órgão *a quo* pode indeferir o processamento do recurso à falta de cumprimento daquela exigência. O que é vedado ao juízo de *admissibilidade* do recurso feito pelo órgão de interposição é verificar se a questão recorrida oferece, ou não, repercussão geral. A adequada desincumbência do ônus de sua demonstração, contudo, é questão *formal* e, por isto, não exclusiva do STF.

Cabe destacar, de qualquer sorte, que a compreensão do problema do ponto de vista da *forma* não significa, como destacado pelo n. 3.5, *supra*, que a demonstração da repercussão geral exija seu destaque como “preliminar formal e fundamentada” como impõe o art. 327, *caput*, do RISTF. É suficiente que o recorrente, em suas razões, busque demonstrar, de forma destacada ou não, que a questão atende ao art. 102, § 3º, da Constituição Federal para que o recurso, dessa perspectiva, passe pelo crivo de *admissibilidade*. Se a questão realmente oferece repercussão geral só o STF poderá dizer.

### **7.1. Especificamente a tempestividade do recurso extraordinário e do recurso especial**

Há diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF, 2ª Turma, RE-AgR-ED 421.960/RS, rel. Min. Eros Grau, j.un. 26.6.2007, DJ 17.8.2007, p. 90; STF, 1ª Turma, AI-ED 622.665/AM, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 22.5.2007, DJ 29.6.2007, p. 57; STF, Pleno, AI-AgR 620.779/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 9.2.2007, DJ 20.4.2007, p. 79; e STF, 2ª Turma, AI-AgR 595.979/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 26.9.2006, DJ 16.2.2007, p. 69) e do Superior Tribunal de Justiça (assim, v.g.: 1ª Turma, AgRg no REsp 809.999/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.10.2008, DJe 10.11.2008) que declaram intempestivos recursos extraordinários e recursos especiais interpostos quando ainda pendentes de julgamento embargos de declaração ou quando aqueles recursos são interpostos antes da publicação dos acórdãos dos declaratórios. As orientações não podem prevalecer a qualquer título, com o devido respeito.

A primeira hipótese deve ser resolvida por força do “princípio da *complementariedade*” (v. n. 11 do Capítulo 2 e STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 789.341/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 13.12.2005, DJ 6.3.2006, p. 237; e STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 587.577/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 20.10.2005, DJ 28.11.2005, p. 193). No máximo, é importante que o recorrente ratifique, isto é, confirme o seu recurso após o julgamento dos declaratórios para que não reste dúvida quanto ao *interesse* em ver o seu próprio recurso processado e julgado, como acabou por decidir a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (REsp 776.265/SC, rel. p./acórdão Min. César Rocha, j.m.v. 18.4.2007, DJ 6.8.2007, p. 445) e a 2ª Turma do mesmo Tribunal (AgRg no Ag 973.680/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 19.8.2008, DJe 16.9.2008), o que, contudo, não pode ser tomado como ônus invariável, a depender, sempre, da análise de cada caso concreto e da constatação da modificação, ou não, e em que grau, da decisão recorrida pelo acolhimento dos declaratórios. Até porque o efeito *substitutivo* dos declaratórios opostos ao acórdão já recorrido extraordinária ou especialmente depende, antes de tudo, de seu *conhecimento* (v. n. 9 do Capítulo 4).

Assim, julgou corretamente a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, a despeito de entender necessária a ratificação do recurso especial interposto *antes* do julgamento dos embargos de declaração, considerou-a desnecessária para os casos em que a questão ainda não estava consolidada

na jurisprudência daquela Corte, negando, assim, a aplicação de tal diretriz retroativamente (AgRg no REsp 963.374/SC, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 22.4.2008, DJe 5.5.2008; AgRg no REsp 955.030/SC, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 4.3.2008, DJe 2.4.2008; AgRg no REsp 862.643/SP, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 6.12.2007, DJ 17.12.2007, p. 130; e AgRg no Ag 827.293/RS, rel. p./ acórdão Min. José Delgado, j.m.v. 25.9.2007, DJ 22.11.2007, p. 193).

A orientação, contudo, não vem prevalecendo no âmbito daquele Tribunal, como demonstram os seguintes julgados: CE, EREsp 933.438/SP, rel. p./acórdão Min. Fernando Gonçalves, j.m.v. 21.5.2008, DJe 30.10.2008; 1ª Seção, EREsp 963.374/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 13.8.2008, DJe 1.9.2008; 5ª Turma, AgRg no Ag 1.048.310/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 11.9.2008, DJe 3.11.2008; 3ª Turma, AgRg no Ag 921.625/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 26.6.2008, DJe 15.8.2008; e 6ª Turma, AgRg no Ag 826.596/RJ, rel. Min. Paulo Galotti, j.un. 24.6.2008, DJe 4.8.2008. A Súmula 418 do STJ acabou cristalizando a orientação: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. A incidência da referida Súmula foi corretamente afastada pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao decidir que não é intempestivo o recurso especial interposto no mesmo dia em que *disponibilizado* o acórdão. Entendeu-se que a hipótese não podia ser compreendida como “prematividade” mas “simples antecipação do termo inicial do prazo”. Trata-se do REsp 1.063.575/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 16.4.2013, DJe 22.4.2013.

A segunda hipótese ventilada acima, de seu turno, deve ser afastada porque se a parte, mesmo antes da intimação da decisão recorrida, adiantou-se e interpôs o recurso cabível, ela se deu por intimada, dispensando-se *nova* intimação. Não há como entender que o caso seja de *intempestividade*. Ademais, pelo mesmo “princípio da finalidade” já destacado, não há razão para o reconhecimento de nulidades processuais à ausência de prejuízo, o que é bem claro na situação aqui aventada: se a parte, com a interposição do recurso, manifesta-se suficientemente ciente da existência da decisão recorrida, a ausência de sua intimação não tem aptidão para trazer-lhe qualquer prejuízo. O assunto foi abordado exhaustivamente por Cândido Rangel Dinamarco em trabalho que merece ser lido. A referência é feita ao

seu “Tempestividade dos recursos”, publicado no vol. 16 da *Revista Dialética de Direito Processual*. Na jurisprudência mais recente da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, merece leitura também a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no HC-ED 101.132/MA, j.un. 24.4.2012, DJe 22.5.2012.

## 8. EFEITOS

Os efeitos do recurso extraordinário e do recurso especial observam, em linhas gerais, a disciplina exposta pelo Capítulo 4.

O “efeito *devolutivo*” do recurso extraordinário e do recurso especial (art. 542, § 2º), por exemplo, significa a *transferência* da “questão *constitucional*” ou da “questão federal”, tal como *decidida* para exame pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, e é irrecusável que o julgamento por eles proferido, quando *conhecido* o recurso, tem efeito *substitutivo*, nos precisos termos do quanto discutido pelo n. 9 do Capítulo 4.

O “efeito *translativo*” e o “efeito *suspensivo*”, contudo, merecem exame mais detido, razão de ser dos números seguintes.

### 8.1. Efeito translativo

Pelas suas próprias características, extraídas, ademais, das hipóteses de cabimento taxativamente previstas pela Constituição Federal, não se aplica a estes recursos o “efeito *translativo*”. Questões de ordem pública serão reexaminadas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso extraordinário ou recurso especial, respectivamente, se houver “causa *decidida*” que diga respeito a uma “questão *constitucional*” ou a uma “questão *federal*”. Não têm aplicação a eles, portanto, as considerações apresentadas pelo n. 7 do Capítulo 4. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 902.845/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 9.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 181.

Mesmo em nome de determinados princípios constitucionais, sobretudo os da “economia e eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), a conclusão do parágrafo anterior não deve ser modificada, não obstante vozes importantes em sentido contrário serem ouvidas na

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (assim, por exemplo: 5ª Turma, REsp 856.929/AM, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 29.5.2008, DJe 4.8.2008; 1ª Turma, REsp 869.534/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 27.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 306; 2ª Turma, REsp 789.937/GO, rel. Min. Castro Meira, j.un. 6.4.2006, DJ 20.4.2006, p. 144; 2ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 569.015/RN, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 3.11.2005, DJ 21.11.2005, p. 179; e 2ª Turma, REsp 706.652/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 1.3.2005, DJ 18.4.2005, p. 298). De acordo com essa diretriz, é legítimo, *superado o juízo de admissibilidade do recurso*, apreciar questões de ordem pública, não obstante a inexistência de prévia manifestação dos órgãos jurisdicionais inferiores a seu respeito.

Com o devido respeito, a função, *taxativamente* imposta desde a Constituição Federal, a ser desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não aceita quaisquer mitigações. Não se trata, diferentemente do que se dá em variadas outras hipóteses, do conflito entre *princípios* jurídicos, mas da interpretação de uma específica *regra constitucional* que, ao criar e estruturar os Tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, reconheceu-lhes determinadas competências para serem desempenhadas em prol da uniformização do direito constitucional e infraconstitucional federal em todo território nacional. Por essa razão, é o caso de afastar o entendimento de que aqueles Tribunais possam, no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial, desempenhar função meramente *revisora*, como se fossem Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Mesmo a lembrança da Súmula 456 do STF não dá embasamento àquele entendimento, renovadas as vênias de estilo. Como expõe o n. 11, *infra*, aquela diretriz jurisprudencial deve ser entendida no seu devido contexto, em consonância com os contornos que os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal dão ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. O desempenho de sua atividade judicante não se limita a ser *rescindente*, o que não autoriza, contudo, que aqueles Tribunais julguem outra matéria que não as “causas *decididas*”. Como admitir a sua atuação oficiosa sobre matéria até então inédita, não discutida e, por isso mesmo, não *decidida* pelas instâncias ordinárias? Como uniformizar a interpretação e aplicação do direito independentemente de sua

controvérsia anterior? O papel que cada um daqueles dois Tribunais exerce em sede de recurso extraordinário e de recurso especial impõe o afastamento destas questões.

Até porque, o exame dos precedentes indicados como fontes da precitada Súmula 456 pelo próprio Supremo Tribunal Federal – Pleno, RE-ED 46.988/SP, rel. p./acórdão Min. Victor Nunes, j.m.v. 31.7.1961, DJ 20.11.1961; 2ª Turma, AI 23.496/MG, j.un. 11.7.1961, DJ 6.9.1961, rel. Min. Victor Nunes; 2ª Turma, RE 35.833/RS, rel. Min. Victor Nunes, j.un. 28.11.1961, DJ 11.11.1962; e Pleno, RE 56.323/MG, rel. Min. Victor Nunes, j.un. 1º.10.1964, DJ 5.11.1964 – não autoriza o entendimento de que o “julgamento da causa”, tal qual sumulado, significaria que o Tribunal Superior estaria apto, só por *conhecer* do recurso, a julgá-lo como se se tratasse de uma verdadeira *apelação*. Pelo contrário, o que é esclarecido pela leitura daqueles julgados é que é possível, ao Supremo Tribunal Federal (e, por identidade de motivos, ao Superior Tribunal de Justiça), superado o juízo de *admissibilidade* do recurso extraordinário, examinar as provas, “desde que indispensável para julgar a questão federal envolvida” (AI 23.496/MG).

E mais: este revolvimento de prova não significa nada mais do que tarefa diuturna feita em quaisquer Tribunais, inclusive nos Superiores, no sentido de ver qual é o *fato* ou os *fatos* subjacentes à aplicação do direito positivo. Não de reinterpreta-los, comportamento que lhes é interdito – e corretamente – pelas já mencionadas Súmulas 279 do STF e 7 do STJ (v. n. 5, *supra*).

Não há, em todos aqueles precedentes, nenhuma menção, vale a ênfase, a qualquer outro comportamento que seria legítimo ao Supremo Tribunal Federal (e, por identidade de razões, ao Superior Tribunal de Justiça) com vistas ao “julgamento da causa”, só porque superado o crivo da admissibilidade recursal.

Mesmo que fosse correta a ilação a partir daqueles precedentes, contudo, passados quase cinquenta anos da publicação da Súmula 456 e, desde então, quatro Constituições Federais e dois Códigos de Processo Civil – para fazer menção, apenas, aos diplomas normativos mais vistosos –, além de uma total revolução na forma de pensar o direito como um todo e, em específico, do próprio comportamento do Supremo Tribunal Federal (e do mais recente

Superior Tribunal de Justiça), não seria despropositado, pelas razões já apresentadas, duvidar, objetivamente, de que hoje em dia um tal entendimento fosse “sumulado”.

É importante discernir, à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, as hipóteses de *cabimento* do recurso extraordinário e do recurso especial, taxativamente impostas pela Constituição Federal que especifica em que casos é legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e as condições pelas quais o desenvolvimento da *competência* por estes Tribunais pode e *deve* ser flexibilizada em nome dos componentes daquele modelo, somados necessariamente aos que integram o “modelo *infraconstitucional* do direito processual civil”, mormente no que diz respeito ao *procedimento* daqueles recursos, estes sim disciplinados pela lei processual civil, como ilustram o n. 6, *supra*, e o n. 11, *infra*.

## 8.2. Efeito suspensivo

O recurso extraordinário e o recurso especial não têm “efeito *suspensivo*”, no que são expressos o art. 497 e, não obstante referir-se ao fenômeno pela ausência do efeito *devolutivo*, o § 2º do art. 542 (v. n. 3 do Capítulo 4). A consequência de tais recursos não terem efeito suspensivo é que é possível a “execução *provisória*” das decisões a eles sujeitas independentemente da fluência de seu prazo para interposição – não havendo razão para subsistência da antiga Súmula 228 do STF, que entendia *definitiva* a execução em tais casos –, sendo de todo indiferente que tais recursos se processem nos próprios autos. É para situações como estas que o art. 475-O, § 3º, autoriza que o interessado, documentando os atos processuais necessários, dê início, perante o juízo competente, aos atos executivos cabíveis, quaisquer que sejam eles, formando o que a prática forense chama de “carta de sentença” (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3). A prática forense, contudo, não parece ter despertado, ainda, para esta possibilidade.

Justificativa para a afirmação feita pelo parágrafo anterior talvez resida no entendimento *velado* de que os embargos de declaração têm efeito suspensivo em todo e em qualquer caso, o que, consoante expõe o n. 4 do Capítulo 8, não é entendimento compartilhado por este *Curso*.

Aplicando-se aquele entendimento para a hipótese aqui examinada, a única conclusão a se chegar é a de que a ausência legal de efeito suspensivo para o recurso extraordinário e o recurso especial só pode significar que os embargos de declaração eventualmente apresentados aos acórdãos a eles, ao menos em tese, sujeitos, também não têm, sistematicamente, tal efeito e, por isto mesmo, não há qualquer óbice para que o interessado promova, desde logo, a execução provisória daquelas decisões. A obtenção de efeito suspensivo àqueles recursos – prática, esta sim, largamente difundida entre nós, mormente depois da introdução do § 3º do art. 542 (v. n. 9, *infra*) –, terá condições de *suspender* (no sentido próprio da palavra) os efeitos do acórdão que, não fosse por isso, já poderiam ser sentidos no plano material, externo ao processo.

É bastante comum que o Supremo Tribunal Federal e que o Superior Tribunal de Justiça atribuam efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, respectivamente. Trata-se de campo em que o “efeito suspensivo *ope judicis*”, apresentado pelo n. 3 do Capítulo 4, acabou por desenvolver larga aplicação e aceitação.

A sustação da “execução provisória” é, todavia, excepcional e depende, como bem resumido pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, da ocorrência dos seguintes requisitos: “(a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do STF (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*” (STF, 2ª Turma, AC-QO 69/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 26.8.2003, DJ 24.10.2003, p. 33).

Com relação à exigência da letra “a”, importa destacar que o Superior Tribunal de Justiça tende a ser mais flexível quanto ao ponto, reconhecendo sua competência para apreciar pedidos de atribuição de efeito suspensivo, mesmo antes do proferimento do juízo de admissibilidade recursal *positivo*,

afastando, por isto mesmo, a incidência das rígidas Súmulas 634 e 635 do STF que dão embasamento ao entendimento exposto pelo parágrafo anterior. Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 18.902/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 17.5.2012, DJe 24.5.2012; STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 18.415/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 22.11.2011, DJe 28.11.2011; STJ, 4ª Turma, AgRg na MC 15.180/RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 24.3.2009, DJe 6.4.2009; STJ, 2ª Turma, MC 13.590/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 6.12.2007, DJ 11.12.2007, p. 170; STJ, 1ª Turma, REsp 926.159/RS, rel. Min. José Delgado, j.un. 13.11.2007, DJ 29.11.2007, p. 228; STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 13.123/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 20.9.2007, DJ 8.10.2007, p. 259; STJ, 5ª Turma, MC 9.657/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 6.6.2006, DJ 1º.8.2006, p. 454; STJ, 6ª Turma, AgRg na MC 9.789/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 30.6.2005, DJ 23.4.2007, p. 309; e STJ, 4ª Turma, AgRg na MC 9.222/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 15.2.2005, DJ 28.2.2005, p. 323.

Embora não haja como olvidar da discussão, de sua importância e de suas consequências, o parágrafo único do art. 800 oferece diretriz segura quanto ao *momento* em que a transferência da competência para julgamento das “cautelares”, é dizer, da concessão da “tutela jurisdicional *preventiva*” ou da “tutela jurisdicional *antecipada*”, concretiza-se. O argumento de que decisões relativas ao processamento *imediato* do recurso extraordinário e do recurso especial poderiam, de alguma forma, induzir o órgão *a quo* a admitir o recurso não deve ser aceito dada a precariedade do juízo de admissibilidade por ele realizado. Ademais, como os destinatários do recurso extraordinário e do recurso especial são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, são eles – e não os demais órgãos jurisdicionais – que devem verificar a presença dos pressupostos legitimadores da prestação da tutela jurisdicional preventiva ou antecipada. Na linha proposta pelo n. 3.2 do Capítulo 5, importa, portanto, flexibilizar a regra de competência para exercício daquelas modalidades de tutela jurisdicional, verdadeiramente derivadas da competência recursal, à luz das necessidades de cada caso concreto.

Quanto ao mecanismo processual apto para a formulação do pedido, há acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo bastante frequente o uso de “medidas cautelares”, “agravos de instrumento”, e, até mesmo, meras

“petições” formuladas para aquele específico fim. A discussão não pode sobrepor-se à *essência* de um *pedido* de tutela jurisdicional, mais ainda *preventivo* ou *antecipado*, quando é formulado suficientemente perante o Estado-juiz (v. n. 3.2 do Capítulo 5). Assim, independentemente da *forma* adotada pela parte ou pelo terceiro, o pedido, quando presentes os seus respectivos pressupostos – e referencial seguro para saber quais são eles, além das considerações já expostas, é o *caput* do art. 558 (v. n. 3.4.3 do Capítulo 7) – deve ser atendido.

A questão, contudo, tem recebido diferentes respostas de setores da doutrina e da jurisprudência. Por isso mesmo, é irrecusável a aplicação do “princípio da instrumentalidade das formas” a admitir uma certa margem de *fungibilidade* entre as medidas indicadas (v. n. 5.2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) considerando, sobretudo, que muito da discussão se resume a aspectos meramente *formais* ou, no máximo, *procedimentais*, que não podem, por si sós, gerar prejuízos aos litigantes e à escorreita (e, muitas vezes, enérgica e urgente) intervenção jurisdicional. Esta flexibilização encontra eco seguro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como fazem prova os julgados indicados pelo n. 9.1, *infra*.

Uma vez atribuído, o efeito suspensivo deve durar até o momento em que o recurso for julgado, salvo se houver algum fato novo, que conduza o magistrado a proferir nova e diversa decisão.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de enfrentar a questão relativa ao julgamento de cautelares incidentais a recursos extraordinários sobrestados nos moldes do art. 543-B (v. n. 3.5.2, *supra*). Há diversas decisões que mantêm o mesmo entendimento exposto acima: antes do prévio juízo positivo de admissibilidade pelo órgão *a quo*, não se abre a competência daquele Tribunal. Eventual cautelar, bem assim, contraste relativo ao acerto ou desacerto da sujeição do recurso ao procedimento do art. 543-B, deve se dar perante o Tribunal de Interposição, dando-se, destarte, ampla aplicação às precitadas Súmulas 634 e 635. É o que se decidiu, dentre outros, nos seguintes casos: AC 2.194/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.11.2008, DJe 12.11.2008; e AC 2.030/SP, rel. Min Cezar Peluso, j. 3.2.2009, DJe 9.2.2009.

Há, contudo, julgados em sentido contrário, com os quais concorda este *Curso*. Em um deles, o Ministro Celso de Mello, em erudita decisão monocrática, acentuou o seguinte, que, por sua importância, merece transcrição: “Ocorre, no entanto que a colenda Segunda Turma desta Corte, em recentíssimos julgamentos, reconheceu – não obstante em caráter excepcional – a possibilidade de se suspender a eficácia de acórdão objeto de recurso extraordinário, ainda que não proferido quanto a este, o pertinente juízo de admissibilidade ou naqueles casos em que, proferido esse juízo, dele haja resultado a denegação de processamento do apelo extremo (AC 1.549-MC-QO/RO, rel. Min. Celso de Mello – AC 1.550/RO, rel. Min. Gilmar Mendes): ‘Recurso extraordinário que ainda não sofreu juízo de admissibilidade – Acórdão do tribunal recorrido que versa matéria idêntica à veiculada em causas já preparadas para serem julgadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal – Retardamento, pela Presidência do Tribunal recorrido, da formulação do juízo (positivo ou negativo) de admissibilidade do apelo extremo – Potencialidade danosa resultante dessa omissão processual, agravada pela inércia no exame do pedido de tutela de urgência – Caracterização de dano potencial apto a comprometer, de modo grave, a situação jurídica da empresa contribuinte – Possibilidade, ainda, de frustração dos fins inerentes ao processo cautelar – Hipótese excepcional que justifica, no caso, o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do poder geral de cautela – Situação extraordinária que autoriza a não incidência das Súmulas 634 e 635 do STF – Função jurídica da tutela cautelar – Instrumentalidade do processo cautelar (binômio necessidade/utilidade) – Relação de complementaridade entre o instituto da tutela cautelar e o princípio da efetividade do processo – doutrina – situação que enseja a outorga excepcional do provimento cautelar, considerada a singularidade do caso – Suspensão da eficácia do acórdão objeto do apelo extremo – Medida cautelar deferida pelo relator – Decisão referendada’ (AC 1.810-QO/DF, rel. Min. Celso de Mello). Cabe referir, por necessário, que a hipótese versada nestes autos – o sobrestamento do recurso extraordinário, sem a formulação de juízo (positivo ou negativo) de admissibilidade e o indeferimento, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, do pedido de tutela de urgência que lhe foi submetido – faz instaurar, na espécie, situação configuradora de dano iminente e grave, capaz de comprometer o próprio direito material vindicado pela empresa contribuinte, ora requerente, a

legitimar, por isso mesmo, o exercício, ainda que excepcional, por esta Suprema Corte, do seu poder geral de cautela, considerando-se, para tanto, a peculiaridade do caso em análise” (STF, AC-MC 2.168/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 14.10.2008, DJe 17.10.2008).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consta julgado de sua Corte Especial que reconheceu a competência do Vice-Presidente daquele Tribunal para apreciar os pedidos de efeito suspensivo aos recursos extraordinários sujeitos ao regime do art. 543-B, aplicando-se, assim, a orientação da Súmula 634 do Supremo Tribunal Federal, negando, contudo, que caiba agravo (“regimental”) da decisão respectiva. Trata-se do AgRg na MC 14.639/AL, rel. Min. Ari Pargendler, j.m.v. 6.5.2009, DJe 7.12.2009. Mandado de segurança impetrado para questionar o ato presidencial também foi negado frisando-se descaber ao próprio Tribunal sua revisão. É o que decidiu a CE do STJ no AgRg no MS 14.735/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 18.12.2009, DJe 8.2.2010.

## **9. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL RETIDOS**

De acordo com o § 3º do art. 542 o recurso extraordinário e o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em “processo de conhecimento”, “cautelar” ou “embargos à execução”, ficarão retidos nos autos e somente serão processados se a parte os reiterar no prazo para a interposição do recurso contra a “decisão final”, ou para as contrarrazões.

A finalidade do dispositivo, introduzido pela Lei n. 9.756/1998, foi *concentrar* o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça por meio de recursos extraordinários e recursos especiais, reduzindo, assim, o número de recursos a serem apreciados por aquelas Cortes. Para tanto, similarmente ao que se dá com o “agravo *retido*”, nos casos que especifica (v. n. 2 do Capítulo 7), o recurso extraordinário e o recurso especial ficam *retidos* nos autos aguardando eventual reiteração pelo interessado por ocasião da interposição (ou da resposta) do recurso extraordinário e do recurso especial contra a “decisão final”, viabilizando, assim, que, de uma só vez, todas as questões constitucionais e/ou legais relativas a um mesmo processo sejam revistas por aqueles Tribunais.

A proposta do legislador, a despeito de ser bem-intencionada, não pode ser recebida sem ressalvas que, no particular, foram bem feitas no *caput* do art. 522, obra da Lei n. 11.187/2005, que distingue adequadamente os casos em que o agravo deve ser processado na sua forma *retida* ou *por instrumento* (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 7).

Assim, não obstante a peremptoriedade com que anunciada a regra de retenção do recurso extraordinário e do recurso especial, ela não pode ser aplicada toda vez que a peculiaridade do caso concreto exigir reexame *imediato* da decisão perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça. É como se ela – como qualquer regra jurídica interpretada à luz da Constituição Federal, aliás – ficasse restrita apenas à normalidade dos casos, afastando sua incidência em casos peculiares, que impõem a atuação imediata daqueles Tribunais para desempenhar a sua missão de uniformizar a interpretação do direito constitucional e infraconstitucional federais.

É importante discernir, não obstante as considerações feitas pelo parágrafo anterior, que não há inconstitucionalidade no § 3º do art. 542 ao prever a retenção do recurso extraordinário e do recurso especial nas hipóteses em que especifica. Uma tal previsão não agride os comandos dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal porque não dizem respeito ao *cabimento* daqueles recursos mas, apenas e tão somente, ao instante e às condições de seu processamento. A inconstitucionalidade ou, quando menos, a necessidade de interpretação que conforme o dispositivo ao “modelo constitucional do processo civil” reside na generalização dos casos em que se dá a retenção dos recursos. Houvesse cláusula aberta relativa à não retenção compulsória dos recursos, a exemplo do que ocorre com o *caput* do art. 522, e não haveria qualquer reparo a ser feito à regra.

Tanto assim que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, embora mais timidamente, também a do Supremo Tribunal Federal entendem que a retenção imposta pelo dispositivo aqui examinado não pode ser generalizada. Ela deve ser abrandada sempre que houver *necessidade* de reexame imediato da decisão, ainda que proferida nas condições especificadas pela regra, quando a retenção do recurso comprometer a celeridade processual ou a tutela *imediata* do direito de uma das partes (ou de eventuais terceiros). Por isso, o § 3º do art. 542 é afastado quando se

cuida de recursos especiais interpostos de decisões proferidas relativas à concessão ou à denegação de “tutelas jurisdicionais *preventivas*” (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), não obstante o teor da Súmula 735 do STF; quando se cuida de nulidade processual apta a contaminar a higidez do próprio processo, como se dá, por exemplo, com a incompetência absoluta e, em suma, “toda a vez que a decisão puder gerar prejuízos processuais irreparáveis ou a prática de atos processuais desnecessários, ou, ainda, quando possa causar à parte lesão grave e de difícil reparação” (STF, 2ª Turma, AC-QO 1.801/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 16.10.2007, DJ 26.10.2007). No mesmo sentido, dentre diversos precedentes: STJ, 3ª Turma, Pet 6.043/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 14.11.2007, DJ 4.12.2007, p. 224, e STJ, 2ª Turma, MC 15.220/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 4.8.2009, DJe 17.8.2009.

## **9.1. Mecanismos para o processamento imediato do recurso extraordinário e do recurso especial retidos**

Aceita a proposta de interpretação que ocupa o número anterior, põe-se a questão sobre quais são os mecanismos processuais aptos para viabilizar o processamento *imediato* do recurso extraordinário e do recurso especial retidos, isto é, o que deve fazer o recorrente para viabilizar a não incidência do art. 542, § 3º, em cada caso concreto.

A doutrina que se debruçou sobre o assunto antevê diversas técnicas para tanto: “medida cautelar” (assim entendidos, genericamente, também os chamados “processos cautelares” e “ações cautelares”), “reclamação”, “agravo de instrumento” e, até mesmo, mero “pedido”, isto é, a apresentação de uma simples petição, formulado com tal finalidade, que é a *forma* reputada correta e suficiente por este *Curso* porque a hipótese ocupa-se, apenas e tão somente, de um *pedido* de prestação de tutela jurisdicional *preventiva* ou *antecipada e provisória*, consoante o caso, de acordo com a proposta classificatória dos ns. 8.1 a 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1.

A exemplo do que sustenta o n. 8.2, *supra*, e, superiormente, o n. 3.2 do Capítulo 5, aqui também a melhor orientação é a de admitir ampla aplicação do “princípio da instrumentalidade das formas” e, conseqüentemente, admitir a fungibilidade entre todas aquelas medidas, pelo menos enquanto a

jurisprudência dos próprios Tribunais Superiores não se mostre suficientemente consolidada a respeito de qual veículo processual pode ser usado pelo jurisdicionado para aquela finalidade. O entendimento vem sendo defendido pelo Ministro Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal (Pet-MC 3.598/RJ, j. 3.2.2006, DJ 10.2.2006, p. 21) e encontra eco seguro no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma, AgRg no Ag 780.415/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 1º.10.2007, DJ 1º.10.2007, p. 219; 3ª Seção, AgRg na Rcl 2.117/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 24.5.2006, DJ 14.6.2006, p. 187; e 2ª Seção, Rcl 686/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 13.9.2004, DJ 27.9.2004, p. 199).

De outra parte, de maneira ainda mais aguda do que se dá nos casos de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, o reconhecimento da *competência* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para apreciarem o pedido, qualquer que seja a sua forma, é irrecusável porque a incidência do art. 542, § 3º, significa, em termos bem diretos, que o recurso extraordinário e o recurso especial não são processados e, destarte, não há como superar seu juízo de admissibilidade, até a interposição do recurso contra a “decisão final”, para atender às exigências da Súmula 634 do STF.

## **9.2. Hipóteses de aplicação do art. 542, § 3º**

Importa, ainda, discernir as condições em que o § 3º do art. 542 deve incidir, sem prejuízo das considerações feitas pelo número anterior.

Por “decisão interlocutória” proferida em “processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução” deve ser entendida toda aquela decisão que, sem encerrar a etapa processual destinada à formação da convicção judicial (“etapa *cognitiva*”), resolve questão incidente. É o que decorre do próprio art. 162, § 2º, consoante exposto pelo n. 5 do Capítulo 2.

A alusão a “processo de conhecimento” e a “processo cautelar” feita pelo dispositivo prende-se à “tripartição de processos” feita pelo Código de Processo Civil em seus três primeiros Livros. Este *Curso*, isto é assunto tratado pelo n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, recusa que os “processos” sejam classificados ou distinguidos daquela ótica, suficiente, por isto mesmo, a percepção de que o § 3º do art. 542 se aplica, na normalidade dos casos, a todas as decisões interlocutórias que admitem

reexame em sede recursal diferido no tempo, quando do julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial a ser interposto da “decisão final”.

A referência a um “processo de embargos à execução”, por sua vez, prende-se à compreensão generalizada, também afastada pelo n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3, de que a defesa do executado (independentemente de se tratar de execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial) dá-se por “processo” diverso, portador de “ação” diversa daquele em que se verifica a busca pela *satisfação* do direito suficientemente reconhecido em prol do exequente. A ressalva feita pelo legislador, contudo, é importante porque, ao se referir expressamente aos “embargos à execução”, afastou da incidência do dispositivo as decisões interlocutórias proferidas no “processo de execução” (empregada, conscientemente, a nomenclatura tradicional) por ter percebido que nele a retenção do recurso seria inócua e inegavelmente prejudicial ao sucumbente à falta de oportunidade procedimental apta para sua reiteração e julgamento. Trata-se, destarte, da mesma diretriz que conduz ao entendimento de que, em sede de execução (pouco importando a origem do título que a autoriza, judicial ou extrajudicial), o agravo, a despeito da *letra do caput* do art. 522, será *sempre de instrumento* (v. n. 3 do Capítulo 7 e n. 7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3).

Com as profundas modificações experimentadas pelas mais recentes “Reformas”, é inegável, por exemplo, que a decisão interlocutória que indefira efeito suspensivo à “impugnação” (art. 475-M, *caput*; v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 3) ou aos “embargos à execução” (art. 739-A, § 1º; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3) comporte, se presentes os seus respectivos pressupostos, recurso extraordinário e recurso especial que se processem *imediatamente* pelas razões já expostas.

A “decisão final” a que se refere o § 3º do art. 542 deve ser entendida como aquela que comporta o recurso extraordinário e o recurso especial aptos a viabilizar o reexame de todas as decisões a ele anteriores. Trata-se, na normalidade dos casos, do acórdão proferido no âmbito dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais quando do julgamento da apelação ou do reexame necessário e do qual não caiba mais nenhum “recurso *ordinário*”.

Para o processamento do recurso extraordinário e do recurso especial retidos, impõe, o § 3º do art. 542, que o recorrente se reitere nas razões de um *novo* recurso extraordinário e/ou recurso especial ou nas contrarrazões que apresentar ao *novo* recurso extraordinário e/ou recurso especial interposto pela parte contrária ou, eventualmente, por um terceiro. Deve ser afastado o entendimento de que o recurso extraordinário e o recurso especial retidos possam ser processados sem que haja efetiva interposição de um *novo* recurso da “decisão final”. Sem recurso da decisão final, deve-se entender que o prejudicado pela anterior decisão interlocutória acabou conformando-se com o seu proferimento, nos termos discutidos pelo n. 2.8 do Capítulo 3.

## 10. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL CONCOMITANTES

Quando a decisão recorrida contiver, ao mesmo tempo, “questão *constitucional*” e “questão *federal*”, sempre entendida, esta expressão, como sinônimo de “questão federal *infraconstitucional*”, observando-se o exposto pelo n. 2.1, *supra*, cabe ao recorrente interpor recurso extraordinário e recurso especial simultaneamente com vistas a questionar uma e outra, hipótese que, indiretamente, é prevista pelo art. 543, que se ocupa de discipliná-la.

Rigorosamente, trata-se de exceção ao chamado “princípio da *unirrecorribilidade*”, que se impõe dadas as peculiaridades do sistema processual civil brasileiro e a existência de dois Tribunais Superiores com competências diversas, embora complementares. Ademais, todo e qualquer *princípio* tende a, consoante o caso, ser flexibilizado com vistas ao atingimento de outros valores norteados do ordenamento jurídico (v. n. 4 do Capítulo 2).

É importante discernir, contudo, duas situações diversas.

A primeira diz respeito aos casos em que há fundamento constitucional e legal suficiente para sustentar a decisão recorrida. Em tais situações, há uma só questão jurídica, que aceita, pela repartição da competência reconhecida ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal, tratamento bifurcado. Em casos como estes, há

verdadeira relação de *prejudicialidade* entre os recursos (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 2, tomo I). É para tais casos que tem aplicação a Súmula 126 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”), que se desenvolveu a partir da Súmula 283 do STF, pela qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Cumprido destacar, contudo, que o exame dos precedentes das duas Súmulas mencionadas acima sugere que a necessidade do recurso contra os dois (ou mais) fundamentos se justificaria porque o fundamento não recorrido tenderia a transitar em julgado, o que não é correto à luz do art. 469, I (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). É esta a razão pela qual importa, para a correta exigência da interposição concomitante do recurso extraordinário e do recurso especial, verificar se os diversos fundamentos, constitucional e legal, dizem respeito a uma *mesma* questão ou, diferentemente, a mais de uma.

Outra situação é a de que a decisão recorrida contém duas questões jurídicas, uma de cunho *constitucional* e outra de cunho *legal*, cada qual a desafiar recurso próprio para seu contraste. Para tais hipóteses, a precitada Súmula não tem aplicação, sendo perfeitamente lícito ao interessado apresentar recurso extraordinário e/ou recurso especial consoante seja sua vontade de reexaminar uma e/ou outra das questões decididas, já que a “questão *constitucional*” não interfere necessariamente na “questão *federal*” e vice-versa. Não há entre elas qualquer nexo de *prejudicialidade*.

O art. 543, contudo, não distingue entre as hipóteses, ocupando-se, apenas, do *procedimento* a ser adotado como padrão, diante do fato objetivo de uma mesma decisão ser contrastada concomitantemente por recurso extraordinário e por recurso especial.

Havendo interposição simultânea e proferido juízo *positivo* de admissibilidade, os autos serão enviados, em primeiro lugar, ao Superior Tribunal de Justiça (art. 543, *caput*).

Se o Superior Tribunal de Justiça julgar o recurso especial (o que pressupõe o entendimento de que esse recurso não é *prejudicial* em relação

ao recurso extraordinário), os autos serão enviados ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário, ressalvada a hipótese em que ele for considerado *prejudicado* (art. 543, § 1º), isto é, em que houver *prejudicialidade* entre a “questão *constitucional*” e a “questão *federal*”, e a resolução desta comprometer o julgamento daquela. São os casos que foram referidos acima como “primeira situação”.

Caso o Superior Tribunal de Justiça, contudo, entenda que o recurso extraordinário deve ser julgado em primeiro lugar, os autos serão enviados ao Supremo Tribunal Federal, que, concordando com o entendimento, o julgará ou, em caso contrário, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, que *necessariamente* julgará o recurso especial (art. 543, §§ 2º e 3º, respectivamente).

A irrecorribilidade das decisões proferidas com fundamento nos §§ 2º e 3º do art. 543 não agride o “modelo constitucional do direito processual civil” porque elas não criam, para as partes e para eventuais terceiros, quaisquer prejuízos. Os dispositivos buscam, apenas e tão somente, criar um procedimento padrão que viabilize o processamento dos recursos na hipótese aqui examinada, fazendo com que, em última análise, o Superior Tribunal de Justiça acate o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, o que é irrecusável no sistema processual civil brasileiro. Ademais, qualquer situação de urgência encontrará, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, espaço para ser devidamente prestada, aplicando-se o exposto pelo n. 3.2 do Capítulo 5.

Toda vez em que houver discussão quanto à constitucionalidade de uma dada lei, a hipótese é de julgamento *prévio* pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 2º do art. 543. Somente a lei *constitucional* merece ser interpretada e aplicada consoante as diretrizes a serem fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende ao entendimento oposto por força da sua compreensão da “inconstitucionalidade oblíqua ou reflexa”, como faz prova sua Súmula 636: “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 discussão que ocupa este número não tem aplicação quando a questão não for de índole constitucional, não havendo espaço para o recurso extraordinário, no que é correta a orientação contida na Súmula 638 do STF: “A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário”.

Também não é o caso de concomitância do recurso extraordinário e do recurso especial e, conseqüentemente, de incidência do art. 543, quando a “questão *constitucional*” surgir no próprio acórdão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial (ou, mais amplamente, quando proferir qualquer decisão da qual não caiba mais nenhum recurso), hipótese em que deve ser observado o *procedimento* dos arts. 480 a 482, estudado pelo Capítulo 4 da Parte II. Em tais casos cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal do acórdão respectivo, desde que presentes seus pressupostos específicos, tal como analisados pelo n. 3, *supra* (STF, 1ª Turma, RE 419.629/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 23.5.2006, DJ 30.6.2006, p. 16). Se a “questão *constitucional*” já estava presente no acórdão que foi contrastado pelo recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, contudo, a hipótese é de aplicação da orientação da Súmula 126 do STJ, quando não houver, tempestivamente, apresentação do recurso extraordinário (assim, dentre outros, STF, 2ª Turma, RE-AgR 458.129/SC, rel. Min. Eros Grau, j.un. 14.8.2007, DJ 19.10.2007, p. 83; e STF, 1ª Turma, AI-AgR 543.316/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j.un. 14.12.2006, DJ 16.2.2007, p. 32; STF, 1ª Turma, AI-ED 536.705/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 9.8.2005, DJ 9.9.2005, p. 45; e STF, 2ª Turma, RE-AgR 245.214/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.m.v. 23.11.1999, DJ 5.5.2000, p. 33).

Nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal *conhecem* do recurso especial ou do recurso extraordinário, respectivamente, põe-se a questão sobre o “efeito *substitutivo*” que deriva do art. 512. Em tais casos, o acórdão, por ser *substitutivo* do anterior, teria o condão de *prejudicar* o recurso ainda não julgado (v. n. 9 do Capítulo 4). A tese é correta para os casos em que há verdadeira prejudicialidade entre as questões *constitucional* e *legal* ou em que as questões, posto seus diversos desdobramentos, são idênticas (STF, 2ª Turma, RE-ED

347.826/BA, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 24.4.2007, DJ 18.5.2007, p. 111, e STF, 2ª Turma, RE-AgR 493.060/RS, rel. Min. Eros Grau, j.un. 13.3.2007, DJ 27.4.2007, p. 103). Quando a hipótese for de recurso extraordinário e de recurso especial interpostos de capítulos *diversos* da *mesma* decisão, formalmente una, o art. 512 não tem aplicação porque não há, em tais casos, coincidência entre a matéria julgada por um e por outro Tribunal, subsistindo, por isso mesmo, integral interesse recursal no conhecimento e provimento do recurso ainda não julgado. Neste sentido: STF, 2ª Turma, RE-AgR 458.129/SC, j.un. 14.8.2007, DJ 19.10.2007, p. 83, com erudito voto-vista proferido pelo Ministro Cezar Peluso.

## 11. JULGAMENTO

Uma vez conhecido o recurso extraordinário e/ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal e/ou o Superior Tribunal de Justiça julgarão o recurso ou, como se lê da Súmula 456 do STF, diretriz repetida pela parte final do art. 257 do RISTJ, “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

O “julgamento da causa” e a “aplicação do direito à espécie” lá referidos devem ser entendidos no seu devido contexto, como já antecipado pelo n. 8.1, *supra*. A natureza *extraordinária* destes recursos afasta a compreensão de que seja legítimo àqueles Tribunais reverem amplamente a causa, manifestando-se, por exemplo, sobre questões de ordem pública, como se a eles fosse aplicável o art. 267, § 3º, o art. 301, § 4º ou, ainda, apenas para fins ilustrativos, modificando o termo inicial da fluência dos juros moratórios sem qualquer pedido dos recorrentes (STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.114.664/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 2.12.2010, DJe 15.12.2010, e STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.086.197/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 26.6.2011, DJe 1.7.2011). Idêntica orientação deve se dar com relação ao art. 462: o “fato novo”, assim entendido aquele não proposto nas instâncias ordinárias e que não diga respeito à “causa decidida”, não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça nem pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso especial ou extraordinário, a despeito de haver entendimento contrário do STJ, como faz prova o seguinte julgado: 4ª Turma, REsp 704.637/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 17.3.2011, DJe 22.3.2011.

A *prévia* “*causa decidida*” restringe o campo de atuação daqueles Tribunais em sede de recurso extraordinário e de recurso especial, impedindo que eles possam atuar como se fossem órgãos de mera revisão (ordinária) dos julgados proferidos pelas demais órbitas judiciárias.

O enunciado deve ser entendido para contrapor o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a outros Tribunais Superiores, de outros países, que, diferentemente do que se dá para o “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro”, têm função jurisdicional *rescindente*, isto é, limitam-se a declarar que houve ofensa à Constituição e/ou à lei mas não proferem nova decisão apta a *substituir* a anterior, que, por isto mesmo, é meramente anulada ou cassada.

Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mesmo quando proferidos em sede de recurso extraordinário ou recurso especial, têm também efeito *substitutivo* (v. n. 9 do Capítulo 4) e não necessariamente *rescindente*. É neste sentido que a precitada Súmula deve ser compreendida. Assim, uma vez que seja reconhecida a violação à Constituição Federal ou à legislação federal, cabe àqueles Tribunais dizer, desde logo, qual é a mais correta interpretação constitucional ou legal a ser observada, e não se limitar a determinar que os órgãos jurisdicionais inferiores o façam. Isto, contudo, não significa que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possam *rejulgar* o que já foi julgado, mas, tão somente, exercer a sua competência constitucional, de *uniformizar* o direito federal, constitucional e infraconstitucional, em todo o território nacional, aplicando o resultado de sua atividade à espécie. Para esta finalidade, por exemplo, não há como criticar o entendimento de que, sendo o caso, invertam-se ou modifiquem-se os ônus sucumbenciais, como já decidiu a 2ª Seção do STJ nos EDcl no REsp 1.073.595/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. un. 25.5.2011, DJe 31.5.2011. Trata-se, dado o regime que a tais verbas reserva o sistema processual civil, de adequada *consequência* do julgamento, não sua *causa*.

Questão interessante acerca do “julgamento da causa” a ser feito por aqueles Tribunais reside na amplitude com que as questões *constitucional* e *federal* podem ser legitimamente revolvidas.

A despeito do rigor que usualmente é emprestado à expressão “causas decididas” e a tudo o que gravita sob o signo do “prequestionamento” (v. n.

2.1, *supra*), não há como deixar de admitir, afinado ao “modelo constitucional do direito processual civil”, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, *conhecendo* do recurso, constatem qual é a melhor interpretação para o direito constitucional federal e para a legislação federal, independentemente do específico dispositivo da Constituição ou de lei federal que fundamenta a decisão recorrida e o recurso extraordinário e/ou o recurso especial e que, por isso mesmo, viabilizou o seu *conhecimento*.

O entendimento, importantíssimo, foi sustentado em algumas ocasiões no âmbito do Supremo Tribunal Federal pelo hoje aposentado Ministro Sepúlveda Pertence, quando prevaleceu (1ª Turma, RE-AgR 389.302/SP, j.un. 18.10.2005, DJ 11.11.2005, p. 27; Pleno, RE 420.816/PR, j.m.v. 29.9.2004, DJ 10.12.2006, p. 50; Pleno, RE 298.694/SP, j.m.v. 6.8.2003, DJ 23.4.2004, p. 9; e Pleno, RE 298.695/SP, j.m.v. 6.8.2003, DJ 24.10.2003, p. 12, dentre outros), e tem o amplo apoio deste *Curso*.

Em tais casos, diferentemente do que sustenta o n. 8.1, *supra*, com relação ao “efeito *translativo*”, não há como confundir o que é necessário para o *conhecimento* do recurso (demonstração de que há “causa *decidida*” nas condições exigidas pelos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal) e o que diz respeito ao *mérito* do recurso, consistente em verificar a efetiva existência de contrariedade à Constituição ou à lei federal que rege a situação fática passível de ser examinada por aqueles Tribunais. O estabelecimento de parâmetros objetivos de interpretação da Constituição (e da legislação federal) como um todo é missão reservada àqueles Tribunais para ser desempenhada por intermédio dos recursos a que se dedica este Capítulo.

Bastante elucidativa, no particular, parte da ementa do precitado RE 298.695/SP:

“I. Recurso extraordinário: letra *a*: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra *a*: alteração da tradicional orientação jurisprudencial

do STF, segundo a qual só se conhece do RE, *a*, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, *a* – para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário”.

O entendimento vencedor nos precedentes colocados em destaque “aplicaram o direito à espécie”, “julgando a causa”, em estreita consonância com a diretriz da Súmula 456 naquilo do que dela pode e deve ser aproveitado, e com uma vantagem digna de destaque: o oferecimento de resposta *contextualizada* na Constituição Federal ao pedido de reexame feito pelo recorrente extraordinário viabiliza uma melhor vivência da “força normativa” daquela Carta e sua interpretação e aplicação uniforme como um todo, e não em partes, em tiras, como se dá tradicionalmente quando os planos da *admissibilidade* e do *mérito* do recurso extraordinário (e, por identidade de motivos, também do recurso especial) não se mostram suficientemente discernidos. Trata-se, assim, de levar em conta o *sistema* jurídico como um todo, e não suas partes, como se elas fossem passíveis de isolamento, em amplo rendimento da função a ser desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acabam, acolhida esta orientação, por fornecer *teses jurídicas*, constitucionais ou legais, verdadeiramente paradigmáticas aos jurisdicionados, mais do que interpretações pontuais de um ou de outro dispositivo, em consonância ao seu “prequestionamento anterior”, na linha como a doutrina e a jurisprudência tradicionais veem a cláusula constitucional que exige, para os recursos aqui examinados, “causa decidida” (v. n. 2.1, *supra*).

Decide-se, para ilustrar o alcance dos parágrafos anteriores, se o Ministério Público tem legitimidade para pedir tutela jurisdicional em favor de criança carente de tratamento de saúde, e não se o art. 129, III, da Constituição Federal (como se ele, só ele, isoladamente) autorizasse este ou entendimento diverso sem levar em conta todos os elementos componentes do “modelo constitucional do direito processual civil”. Decide-se, ainda

para fins de ilustração, como se deve dar a fluência do prazo para pagamento *voluntário* nas execuções fundadas em título judicial, e não se o art. 475-J, *caput*, ele, só ele, desvinculado de todo o sistema processual civil, exige, ou não, prévio trânsito em julgado ou necessidade de intimação prévia para tanto.

# CAPÍTULO 12

## Embargos de divergência

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O recurso de embargos de divergência visa, como outros mecanismos processuais, a *uniformizar* a jurisprudência, eliminando a controvérsia existente sobre determinadas teses jurídicas, com todos os inconvenientes daí derivados.

Trata-se, contudo, de recurso que se volta unicamente para debelar as divergências verificadas no plano do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não havendo previsão legislativa para o seu uso perante os outros Tribunais. Para eles, a mesma finalidade deve ser alcançada pelo uso do incidente de “uniformização de jurisprudência” disciplinado pelos arts. 476 a 479 (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte II) ou pelo incidente de que trata o art. 555, § 1º (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II). De outra parte, a uniformização do entendimento jurisprudencial que se verifica entre Tribunais diversos é a razão última de ser do recurso extraordinário e do recurso especial, como demonstra o n. 1 do Capítulo 11.

É correto, a este respeito, entender que para bem desempenharem o seu papel institucional, a eles reservado pelo “modelo constitucional do direito processual civil”, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham, eles próprios, sua jurisprudência uniformizada, o que justifica, até mesmo, a larguíssima aplicação diuturna do recurso no âmbito daqueles Tribunais.

O recurso aqui examinado tem como finalidade primeira a “uniformização do direito”, e não, propriamente, a busca de uma melhor ou mais adequada justiça para o caso concreto. Neste sentido, é correto entender que se trata de um “recurso *extraordinário*”, observada a classificação proposta pelo n. 4.3 do Capítulo 1. É recurso que se destina à uniformização da jurisprudência *interna* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,

sendo certo, com relação a este específico Tribunal, também de seus órgãos internos, consoante o caso (v. n. 2, *infra*).

A uniformização de jurisprudência pretendida pelos embargos de divergência, todavia, pressupõe, a exemplo do recurso especial da letra “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, que da mesma hipótese fática – identidade constatada, no que ela tem de essencial – surjam interpretações jurídicas díspares. Por isto, para os embargos de divergência é indispensável a esmerada demonstração da divergência jurisprudencial, a chamada “comprovação analítica” (v. n. 4, *infra*).

Pela sua própria natureza, os embargos de divergência não se prestam a uniformizar a interpretação de normas jurídicas diversas ou meras teses doutrinárias. Trata-se, é importante enfatizar, de interpretação do direito aplicável às mesmas premissas fáticas. O recurso também não se presta ao revolvimento das provas ou dos fatos subjacentes ao julgamento. Nesse sentido, correta a Súmula 420 do STJ cujo enunciado é o seguinte: “Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais”.

Sobre a interpretação divergente do *direito* que enseja a interposição do recurso aqui examinado, cabe palavra adicional no sentido de que somente o direito *federal* (constitucional, para o Supremo Tribunal Federal, e infraconstitucional, para o Superior Tribunal de Justiça) é que motiva a apresentação dos embargos de divergência. Como o pressuposto de cabimento deste recurso é a divergência verificada no âmbito do recurso extraordinário ou do recurso especial (com as considerações expostas pelo número seguinte), não poderia ser diverso.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de entender que “Conhecidos os embargos de divergência, a decisão a ser adotada não se restringe às teses suscitadas nos arestos em confronto – recorrido e paradigma –, sendo possível aplicar-se uma terceira tese, pois cabe a Seção ou Corte aplicar o direito à espécie” (EREsp 513.608/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 5.11.2008, DJe 27.11.2008). A orientação merece ser prestigiada dada a finalidade do recurso em tela.

Os embargos de divergência são regulados pelo art. 546, na redação que lhe deu a Lei n. 8.950/1994, superado, para o âmbito do direito processual civil, o disposto no art. 29 da Lei n. 8.038/1990. Interessante destacar que

aquele dispositivo de lei silenciava acerca do cabimento do recurso para o Supremo Tribunal Federal, limitando-se a disciplinar a sua aplicabilidade para o Superior Tribunal de Justiça.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

De acordo com o art. 546, é “embargável a decisão da turma que: I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário”.

Como analisado pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são divididos internamente para melhor desempenhar as suas funções institucionais.

O Supremo Tribunal Federal é composto por duas Turmas, cada qual constituída de cinco Ministros, e pelo Plenário, em que atuam seus onze Ministros. O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, é dividido em seis Turmas, cada uma composta de cinco Ministros. A primeira e a segunda Turmas compõem a 1ª Seção; a terceira e a quarta Turmas compõem a 2ª Seção e, por fim, a quinta e a sexta Turmas integram a 3ª Seção. Além das Turmas e das Seções há, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Especial, que faz as vezes do Tribunal Pleno, nos termos do inciso XI do art. 93 da Constituição Federal.

Dada a finalidade dos embargos de divergência, toda vez que uma das Turmas divergir do entendimento tomado por outra, ou de outro órgão do *mesmo* Tribunal acerca da uma mesma “questão jurídica”, o recurso aqui examinado tem cabimento para, superando a divergência, uniformizar o entendimento no âmbito interno do Tribunal.

É esta a razão por que, para o Supremo Tribunal Federal o inciso II do art. 546 limitou-se a prever a divergência ocorrente entre o julgamento do recurso extraordinário por Turma ou pelo Plenário, únicos órgãos a compor aquele Tribunal, enquanto o inciso I do mesmo dispositivo admite a divergência entre os três órgãos componentes do Superior Tribunal de Justiça: Turmas, Seções e a Corte Especial.

Da previsão legislativa, devem ser descartados os embargos aqui examinados quando a divergência se apresenta entre acórdãos proferidos

pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão *embargado*, isto é, aquele contra o qual são apresentados os embargos de divergência, deve ter sido proferido em sede de recurso especial e/ou recurso extraordinário. O acórdão *paradigmático*, ou seja, o acórdão utilizado para demonstrar a dissonância do entendimento jurisprudencial não pode ter sido tomado em outros recursos ou “ações originárias” julgadas pelo mesmo Tribunal. Não dão ensejo aos embargos de divergência, portanto, as decisões singulares proferidas em sede de mandado de segurança ou em *habeas corpus* (sejam originários ou em sede de recurso ordinário), como decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no AgRg nos EDcl nos EAG 1.404.093/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 16.5.2012, DJe 6.6.2012.

A despeito do *texto* do art. 546, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento unânime que se realizou em 26 de abril de 2007, acabou por cancelar a sua Súmula 599, que entendia descabidos os embargos de divergência em agravo regimental considerando as profundas alterações experimentadas pelo Código de Processo Civil pelas sucessivas “Reformas”. A razão de ser do cancelamento repousa fundamentalmente nos “poderes” reconhecidos aos relatores, pelo *caput* e pelo § 1º-A do art. 557, de julgarem *monocraticamente* recursos extraordinários, decisões que são passíveis, em ambos os casos, de controle pelo órgão colegiado, pela interposição do agravo interno do § 1º do mesmo dispositivo. A mesma orientação já ecoava na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como faz prova sua Súmula 316: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

É superado, conseqüentemente, o entendimento de que o acórdão proferido em sede de “agravo regimental” ou, como prefere este *Curso*, do “agravo interno” utilizado para os fins do § 1º do art. 557, não é apto para fazer as vezes de *paradigma*, isto é, do acórdão cuja orientação se pretende acabe por prevalecer. Idêntico raciocínio deve ser empregado quando o agravo interno serve para colegiar a decisão monocrática do relator que indeferira o processamento do recurso especial, como decidiu a 3ª Seção do STJ nos EDcl no AgRg nos EAG 942.602/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j.un. 25.4.2012, DJe 9.5.2012.

Os embargos de divergência voltam-se à uniformização da jurisprudência atual, isto é, recente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Se a divergência já se mostra defasada ou, até mesmo, superada por novas manifestações dos órgãos daqueles Tribunais, o recurso deve ser descartado. Neste sentido é a Súmula 168 do STJ e, embora não expressa, mas aplicável para a espécie, a Súmula 247 do STF, que traz à lembrança o disposto no art. 332 do RISTF. O entendimento mais correto, contudo, é dar interpretação ampla àquelas diretrizes para afastar a sua incidência naqueles casos em que, pelo transcurso do tempo, verificar-se disparidade na composição dos órgãos que produziram os acórdãos embargado e o paradigmático.

Sobre a *atualidade* da divergência jurisprudencial, importa destacar que não servem para fundamentá-la acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos ou, perante o Superior Tribunal de Justiça, acórdãos do Supremo Tribunal Federal quando, antes da Constituição de 1988, tinha a competência para o julgamento do direito federal infraconstitucional. O acórdão paradigmático, destarte, deve ser sempre do mesmo Tribunal que proferiu o acórdão embargado e, mesmo assim, observando-se o disposto na Súmula 158 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”.

Também não se prestam para fundamentar os embargos de divergência os acórdãos utilizados para dar sustento a recurso especial interposto com base no permissivo da letra “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, malsucedido. É o que dispõe a Súmula 598 do STF, que faz ecoar a regra do parágrafo único do art. 331 do RISTF (“não serve para comprovar divergência acórdão já invocado para demonstrá-la, mas repelido como não dissidente no julgamento do recurso extraordinário”). O entendimento é correto e deve ser prestigiado porque os embargos de divergência não podem ser utilizados como mero recurso interposto com vista à modificação do quanto decidido em sede de recurso extraordinário e, por identidade de motivos, em sede de recurso especial.

Não é óbice para o cabimento dos embargos de divergência a circunstância de o acórdão embargado versar sobre questão processual e não de mérito. O que importa é que o objeto dos embargos (e, conseqüentemente,

também o acórdão indicado como paradigma) seja a uniformização da questão federal constitucional ou infraconstitucional, sendo indiferente tratar-se de questão processual, inclusive quando disser respeito a acórdão que não conheceu o recurso, ou substancial (assim, v.g.: STJ, 2ª Seção, EAREsp 25.641/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 12.6.2013, DJe 25.6.2013; STJ, 2ª Seção, EREsp 595.742/SC, rel. p./acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j.m.v. 14.12.2011, DJe 13.4.2012; e STJ, CE, EREsp 695.214/RJ, rel. p./acórdão Min. Fernando Gonçalves, j.m.v. 6.5.2009, DJe 13.8.2009). Não subsiste, portanto, a Súmula 233 do STF (“Salvo em caso de divergência qualificada (Lei n. 623, de 1949), não cabe recurso de embargos contra decisão que nega provimento a agravo ou não conhece de recurso extraordinário, ainda que por maioria de votos”), posto não ter sido formalmente cancelada por aquele Tribunal. É que a precitada Súmula foi editada quando vigente o anterior RISTF, segundo o qual (art. 194, II, “a”) havia necessidade de os embargos serem tirados de acórdãos que haviam conhecido do extraordinário, é dizer, de acórdãos que superassem o juízo de admissibilidade daquele recurso. A referida Lei n. 623/1949, vale o destaque, foi que introduziu, no Código de Processo Civil de 1939, os embargos aqui analisados, acrescentando um parágrafo único ao seu art. 833.

É, contudo, pacífica a jurisprudência que nega a existência da divergência entre acórdão que conheceu de recurso e outro que não superou o juízo de admissibilidade e vice-versa. Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, AgRg na Pet 5.044/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 14.3.2007, DJ 2.4.2007, p. 208, e STJ, 1ª Seção, AgRg nos EREsp 644.212/DF, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 9.8.2006, DJ 28.8.2006, p. 208.

A questão é tanto mais interessante porque é bastante comum que o acórdão do recurso extraordinário ou especial não conheça do recurso por razões que são, substancialmente, de *mérito*, por terem, aqueles recursos, “fundamentação *vinculada*” (v. n. 5 do Capítulo 11). Em tais casos, a melhor orientação é admitir o cabimento dos embargos de divergência porque presente, em última análise, a razão de sua existência e finalidade: uniformizar, perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Superior Tribunal de Justiça, sua própria jurisprudência.

Nos casos em que o acórdão paradigmático diverge de apenas um dos fundamentos do acórdão embargado sendo o outro suficiente para mantê-lo,

não cabem os embargos de divergência, que, no particular, não teriam o condão de modificar a decisão recorrida. Aplica-se, à hipótese, por analogia, a diretriz da Súmula 283 do STF e da Súmula 126 do STJ. Nesse sentido: STJ, CE, AgRg nos EREsp 193.896/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j.un. 1.2.2005, DJ 28.3.2005, p. 173, e STJ, CE, AgRg nos EREsp 208.866/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j.un. 20.6.2001, DJ 13.8.2001, p. 36.

Não é óbice para os embargos de divergência que o acórdão paradigmático não tenha sido proferido por unanimidade de votos.

## **2.1. Comprovação da divergência**

A despeito do silêncio do *caput* art. 546, é legítima a exigência feita pelo art. 331, *caput*, do RISTF e pelo § 1º do art. 266 do RISTJ de que, nos embargos aqui examinados, a divergência seja comprovada com observância do disposto no antigo art. 322 do RISTF, com a redação anterior à Emenda Regimental n. 21/2007, e nos §§ 1º e 2º do RISTJ, respectivamente. Ambos os dispositivos têm fundamentação legal no parágrafo único do art. 541, que disciplina a divergência jurisprudencial nos casos de recurso especial interposto com base no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal.

Cabíveis para os embargos de divergência, por isso, as mesmas considerações expostas pelo n. 5.1 do Capítulo 11 quando do exame do recurso especial, inclusive no que diz respeito à necessidade da chamada “comprovação analítica” da divergência, com a menção das “circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”, embora, mormente nos casos de “divergência notória”, a flexibilização daquelas exigências seja a melhor orientação a ser seguida (STJ, CE, AgRg nos EREsp 649.398/SC, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.un. 4.10.2006, DJ 23.10.2006, p. 233, e STJ, 1ª Seção, EREsp 345.788/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 9.6.2004, DJ 2.8.2004, p. 285). É nesta linha a antiga Súmula 290 do STF: “Nos embargos da Lei n. 623, de 19.2.1949, a prova de divergência far-se-á por certidão, ou mediante indicação do ‘Diário da Justiça’ ou de repertório de jurisprudência autorizado, que a tenha publicado com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

### 3. EFEITOS

Os efeitos de recebimento e tramitação dos embargos de divergência não oferecem maiores questionamentos, sendo suficientes, por isso mesmo, as considerações genéricas expostas pelo Capítulo 4.

Seu efeito devolutivo é restrito ao pedido do embargante e, considerando que se trata de “recurso *extraordinário*”, deve ser afastado o “efeito *translativo*” (v. n. 7 do Capítulo 4). Até porque, ao recusar um tal efeito ao recurso extraordinário e ao recurso especial (v. n. 8.1 do Capítulo 11), não há espaço para que o acórdão a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça diga respeito a matérias não discutidas e não decididas, e, conseqüentemente, não há possibilidade de divergência, a embasar o recurso aqui analisado.

Com relação ao efeito suspensivo, chama a atenção o § 2º do art. 266 do RISTJ que, expressamente, nega-o, orientação que, no silêncio da lei processual civil, deve ser prestigiada por ser a que melhor se afina ao sistema, diante do que dispõem os arts. 497 e 542, § 2º, que afastam o efeito suspensivo do recurso especial e do recurso extraordinário (v. n. 8.2 do Capítulo 11).

### 4. PROCEDIMENTO

O parágrafo único do art. 546 reserva aos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça o papel de disciplinarem o seu procedimento. A autorização é legítima no “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 3 do Capítulo 2), desde que sejam observados, por aqueles atos infralegais, os ditames constitucionais e legais acerca do assunto.

Assim é que os embargos de divergência devem ser apresentados no prazo de quinze dias, aplicáveis, à espécie, as considerações expostas pelo n. 2.5 do Capítulo 3 a respeito do art. 508. As razões recursais devem ser apresentadas diretamente no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, inclusive por meios eletrônicos (v. n. 2.6 do Capítulo 3), não se lhes aplicando, contudo, o disposto no art. 525, § 2º, regra exclusiva para o agravo de instrumento interposto das decisões de primeira instância (v. n. 3.1 do Capítulo 7), até por força da Súmula 216 do STJ (STJ, CE,

AgRg nos EREsp 616.847/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 16.2.2005, DJ 20.6.2005, p. 113). A utilização de “protocolos descentralizados” para tal fim depende de expressa autorização do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a ser expedida em consonância com o parágrafo único do art. 547.

Os embargos de divergência não admitem interposição adesiva, dado o silêncio do inciso II do art. 500 a seu respeito (v. n. 4.4 do Capítulo 1).

O relator dos embargos pode ser qualquer um daqueles que integram o órgão competente para o julgamento dos embargos. O art. 76 do RISTF exige que o recurso seja distribuído a um dos Ministros pertencentes à Turma que não proferiu o acórdão embargado. Prossegue o mesmo dispositivo impondo que, se o acórdão embargado for do Plenário, devem ser excluídos da distribuição o seu relator e o respectivo revisor. No Superior Tribunal de Justiça, não há semelhante vedação, limitando-se, o art. 74 de seu Regimento Interno, a impor que os embargos de divergência sejam distribuídos a “novo relator”.

O primeiro juízo de admissibilidade é feito isoladamente pelo relator. Cabe, do indeferimento, “agravo *interno*” para o órgão colegiado competente para o julgamento dos embargos de divergência.

O Ministério Público intervirá na qualidade de fiscal da lei nos casos em que a lei processual exige (art. 266, § 4º, do RISTJ, que reserva àquele órgão o prazo de vinte dias).

Prevê o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o recurso de embargos de divergência em seus arts. 330 a 332 e 334 a 336. O art. 333 disciplina o cabimento dos embargos *infringentes*, examinado pelo Capítulo 9. No Superior Tribunal de Justiça, a disciplina dos embargos de divergência está nos arts. 266 e 267 de seu Regimento Interno. Todos estes dispositivos devem ser lidos e interpretados em consonância com as vigentes disposições constitucionais e legais pertinentes.

Assim é que o art. 330 do RISTF, que autoriza o cabimento dos embargos de divergência das decisões proferidas em “agravo de instrumento”, só pode ser entendido naqueles casos em que o “agravo” lá referido seja o “interno”, nos moldes do que, mais recentemente, foi decisivo para o cancelamento da Súmula 599 daquele Tribunal (v. n. 2, *supra*), ou, ainda, quando o agravo do art. 544 era convertido em recurso extraordinário, como permitia

expressamente a segunda parte do § 3º daquele dispositivo, lida em conjunto com o respectivo § 4º antes do advento da Lei n. 12.322/2010. Até porque, de acordo com a Súmula 300 daquele Tribunal, “são incabíveis os embargos da Lei n. 623, de 19.2.1949, contra provimento de agravo para subida de recurso extraordinário”. Similarmente, a Súmula 315 do STJ afasta o cabimento dos embargos de divergência do agravo de instrumento que *não admite* o recurso especial, enquanto sua Súmula 316 admite-os em sede de “agravo interno” (v. n. 2, *supra*). O advento da referida Lei n. 12.322/2010 não tem o condão de alterar esses entendimentos.

Apresentados os embargos de divergência no prazo de quinze dias, eles serão juntados aos autos pela Secretaria independentemente de despacho (art. 334 do RISTF e art. 266, § 2º, do RISTJ).

Feita a distribuição, os autos serão conclusos ao novo Relator, que os admitirá ou os rejeitará (art. 335, *caput*, do RISTF e art. 266, § 3º, do RISTJ). Da decisão negativa, cabe “agravo interno”, por imposição do art. 39 da Lei n. 8.039/1990 (v. n. 5 do Capítulo 7), regra que é repetida, não obstante as considerações tecidas pelo n. 5.3 do Capítulo 7, pelo art. 317 do RISTF e pelo art. 258 do RISTJ. O § 1º do art. 335 do RISTF dispõe que “admitidos os embargos, não poderá o Relator reformar seu despacho para inadmiti-los”. O juízo de admissibilidade por ele exercido, contudo, não vincula o órgão colegiado competente para o julgamento do recurso.

O juízo de admissibilidade dos embargos de divergência deve se ater à verificação de sua tempestividade e à correta demonstração da divergência jurisprudencial que os fundamenta, levando em conta não só as diretrizes regimentais mas, superiormente, os pressupostos de admissibilidade do art. 546. A atuação monocrática do relator também se justifica para *indeferir* liminarmente os embargos, com base no art. 557, *caput*, quando contrariarem Súmula do Tribunal a que pertence. Nunca, contudo, aplicando o § 1º-A do art. 557, dar provimento ao recurso monocraticamente, o que contraria sua própria razão de ser, de viabilizar, perante o órgão colegiado competente, uma mais ampla e renovada discussão da matéria com vistas à uniformização de seu entendimento.

Caso seja constatado algum equívoco no acórdão embargado, a hipótese é de rejeição dos embargos de divergência que não se prestam a corrigi-lo, fazendo as vezes de cabíveis embargos de declaração não interpostos.

Uma vez admitidos os embargos de divergência, o prazo para contrarrazões é de *quinze* dias (art. 508) e não de *dez* dias, como se lê do § 2º do art. 335 do RISTF. Afinado ao sistema processual civil vigente, no particular, o art. 267 do RISTJ.

O § 3º do art. 335 do RISTF prevê que o preparo recursal seja recolhido *após* a admissibilidade dos embargos, o que não subsiste ao disposto no *caput* do art. 511 (v. n. 2.7 do Capítulo 3), correta, no particular, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no AI-AgR-ED-Ediv-AgR 489.970/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 3.8.2006, DJ 8.9.2006, p. 34. O valor do preparo dos embargos de divergência deve observar o disposto no n. IV da “Tabela B” da Resolução n. 491/2012 do Presidente do STF, que dispõe sobre as custas devidas no âmbito daquele Tribunal, e o n. XXI da “Tabela B” da Lei n. 11.636/2007, que prevê as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A aplicação do art. 515, § 4º, no que diz respeito ao *processamento* dos embargos de divergência, não pode ser negada, pelas mesmas razões expostas pelo n. 6 do Capítulo 11.

## 5. JULGAMENTO

Competente para julgamento dos embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal é o Plenário (art. 6º, IV, do RISTF).

No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o *caput* do art. 266 do RISTJ, o órgão competente é fixado de acordo com os órgãos que apresentam a divergência a ser dirimida. Assim, se a divergência dá-se no âmbito de Turmas que compõem a mesma Seção ou entre estas Turmas e a respectiva Seção, é a própria Seção que tem competência para julgamento (art. 12, parágrafo único, I, do RISTJ). Se a divergência verifica-se entre Turmas que compõem Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, é este órgão que tem competência para julgamento dos embargos (art. 11, XIII, do RISTJ).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, destarte, só tem competência para julgar os embargos cuja divergência se apresente entre Turmas que integram Seções diversas, entre Turma e Seção que não a que faz parte ou, ainda, entre Turma e a própria Corte Especial. Caso contrário, a

competência é da respectiva Seção, que uniformizará a jurisprudência de suas respectivas Turmas.

Na hipótese de os embargos de divergência serem, concomitantemente, fundamentados em divergência entre três Turmas, sendo duas de uma mesma Seção, impõe-se que, primeiramente, a divergência seja dirimida no âmbito da Seção. Caso ela persista em confronto com o acórdão paradigmático da outra Turma, impõe-se a manifestação da Corte Especial.

Não há *revisão* nos embargos de divergência (art. 551, *caput*; v. n. 4 do Capítulo 5), cabendo, portanto, ao *relator* pedir dia para julgamento (art. 21, X, do RISTF e art. 267, parágrafo único, do RISTJ, que é expresso no particular). Buscando uma maior possibilidade de exame dos embargos pelos demais julgadores, vale destacar o art. 154 do RISTJ, o qual prevê que, sempre que possível, o relator enviará cópia de seu relatório para eles, fazendo referência expressa ao recurso aqui examinado.

O art. 336, *caput*, do RISTF dispõe que, “na sessão de julgamento, aplicar-se-ão, supletivamente, as normas do processo originário, observado o disposto no art. 146”, isto é, em que hipóteses o Presidente do Supremo Tribunal Federal proferirá voto. Uma vez conhecidos os embargos, o Plenário apreciará o mérito do recurso, no que é claro o parágrafo único do mesmo dispositivo regimental.

A propósito, o art. 159 do RISTJ admite, expressamente, o cabimento da sustentação oral em embargos de divergência. O RISTF, embora silente acerca do assunto, não a exclui (art. 131, § 2º) e, em função do *caput* de seu art. 336, é irrecusável a aplicação da regra codificada do art. 554, *caput* (v. n. 6.3 do Capítulo 5).

Do acórdão proferido em sede de embargos de divergência caberão, consoante o caso, embargos de declaração (art. 535) e, em se tratando de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não há como descartar o cabimento de recurso extraordinário quando presentes, no acórdão respectivo, os pressupostos específicos, estudados pelo n. 3 do Capítulo 11.

---

**Parte II**  
**PROCESSOS E INCIDENTES NO**  
**ÂMBITO DOS TRIBUNAIS**

# CAPÍTULO 1

## Ação rescisória

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A chamada “ação rescisória” tem como principal finalidade a desconstituição da coisa julgada (material) que recai sobre decisão que tenha apreciado o mérito quando presentes pelo menos um dos pressupostos exigidos pelo art. 485 (v. n. 6, *infra*).

A “ação rescisória” objetiva, embora não exclusivamente, extirpar do ordenamento jurídico a coisa julgada que recai sobre decisões que contenham *nulidades absolutas* ou que sejam proferidas em processos absolutamente nulos, isto é, que se tenham desenvolvido sem algum pressuposto processual de validade e que, não obstante o seu trânsito em julgado, subsistem a ele. Posto serem *nulas* tais decisões e/ou os processos em que proferidas, elas surtem seus regulares efeitos, porque ficam protegidas pela coisa julgada, e, por isto mesmo, impõem que a coisa julgada seja *desconstituída* pelo Estado-juiz, viabilizando, em consequência, a retirada do vício (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 196). O veículo processual para tanto é a “ação rescisória”. Contra este entendimento, recusando às decisões sujeitas à ação rescisória o regime jurídico das decisões nulas absolutamente, preferindo identificá-las como *rescindíveis*, como regime próximo ao das anulabilidades, porque dependentes, para sua ocorrência, de prévio reconhecimento judicial, é a lição de José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 107-108, e nota crítica n. 18).

Nulidades *relativas* tendem a ser convalidadas se não impugnadas a tempo e modo oportunos ao longo do processo, e, por isso mesmo, afastam a *necessidade* da ação rescisória (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Os casos de *inexistência jurídica*, para aqueles que a admitem, devem

ser reconhecidos como tais pela chamada “ação declaratória de inexistência processual” (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), descabida a propositura da “ação rescisória” para tal fim.

É equivocado, todavia, entender que somente decisões que contenham algum defeito, inclusive de julgamento, ou proferidas em processos nulos absolutamente sejam rescindíveis. Trata-se, isto é certo, do que se dá na maior parte das hipóteses do art. 485, que podem ser subsumidas, por isso mesmo, aos conceitos de *error in procedendo* ou *error in iudicando* pelos mais diversos fundamentos. Contudo, na especial hipótese do inciso VII daquele dispositivo, a rescisória faz-se pertinente tão só porque há prova nova suficiente para comprometer o acerto do que foi julgado originalmente. A existência de uma tal prova, contudo, não compromete a higidez do processo ou da decisão anterior, tão somente o seu conteúdo. Trata-se de um caso, a propósito do que já exposto, em que os conceitos de *rescindibilidade* e *nulidade absoluta*, estabilizada pela coisa julgada, não podem ser tratados como as duas faces da mesma moeda porque, em última análise, são dois grupos diversos de decisões que dão, também por motivos diversos, ensejo à ação rescisória (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 196).

## **1.1. Outras formas de impugnação de decisões transitadas em julgado**

A “ação rescisória” não se confunde com outras formas de impugnação de decisões transitadas em julgado. Os pedidos que nela podem ser formulados – especificamente o de *rejulgamento* da causa –, seu procedimento diferenciado e a taxatividade dos fundamentos de sua propositura a extremam do “mandado de segurança contra ato judicial” (repudiado, de qualquer sorte, pela jurisprudência predominante quando dirigido a decisão transitada em julgado, diretriz da Súmula 268 do STF; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III); da “impugnação” (art. 475-L, I; v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 3) e da “ação declaratória de inexistência do processo”, que nada mais é do que a hipótese de ver reconhecido jurisdicionalmente que um dado processo, por não preencher os “pressupostos processuais de existência”, e, conseqüentemente, as decisões nele proferidas, não existe juridicamente.

Para tal desiderato, é desnecessária a “ação rescisória” porque as “inexistências jurídicas” não transitam em julgado e, por isto mesmo, não se encartam no conceito de decisões “absolutamente nulas” ou “rescindíveis” (v. n. 1, *supra*). A “inexistência jurídica” é passível de reconhecimento jurisdicional, o que poderá ser obtido pelo legitimado e interessado, para tanto observando-se o procedimento comum (ordinário ou sumário, conforme o caso; v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte VI do vol. 2, tomo I), não havendo nenhuma peculiaridade digna de destaque, inclusive no que diz respeito à identificação do juízo competente (STJ, 3ª Seção, CC 114.593/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 22.6.2011, DJe 1.8.2011).

Sem prejuízo da iniciativa descrita no parágrafo anterior, por vezes chamada de “*querela nullitatis*”, é mais correto o entendimento de que a medida subsiste, no direito processual civil brasileiro da atualidade, verdadeiramente absorvida na “impugnação” a que se refere o inciso I do art. 475-N (v. n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3). Trata-se do meio apropriado para que o réu pretenda do magistrado o reconhecimento (a declaração) de que o processo em que se formou título executivo (judicial) em seu desfavor nem poderia ter-se formado à falta de sua citação (v. n. 3.1.3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

## 2. NATUREZA JURÍDICA

A doutrina e a jurisprudência não divergem quanto à natureza jurídica do instituto que ocupa o presente Capítulo. Trata-se, para fazer uso da expressão consagrada, de “ação *desconstitutiva*” (constitutiva negativa) porque seu objeto precípua é o *desfazimento* de anterior “coisa julgada *material*”. Se for o caso, a rescisória terá também, sempre com o emprego das expressões tradicionais, natureza *declaratória*, *constitutiva*, *condenatória*, *executiva* ou *mandamental*, consoante o pedido a ser apreciado no *judicium rescissorium* (v. n. 11.2, *infra*).

Como toda “ação”, deverá desenvolver-se em *processo* que terá, portanto, de preencher os “pressupostos processuais” (art. 267, IV e V; v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) e, também, as “condições da ação” (art. 267, VI; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). Daí a ação rescisória, ao menos para o ordenamento jurídico brasileiro, não ter natureza de recurso, que pressupõe processo ainda pendente.

Entender que a “rescisória” é uma *ação* não atrita com as considerações que este *Curso* sustenta desde o n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1. Na hipótese, há necessidade, inegável e inafastável, de uma *renovada* provocação do Estado-juíz, com o *renovado* rompimento de sua inércia inaugural com a formulação de um *novo* e *distinto* pedido de tutela jurisdicional, agora consistente, antes de tudo, no desfazimento de anterior coisa julgada material diante de ao menos um dos permissivos do art. 485 (v. n. 6, *infra*). Trata-se, assim, de uma *nova* ação que em hipótese nenhuma se confunde com aquela já suficientemente exercida e exercitada. Tão exercida e exercitada, aliás, que a rescisória pressupõe, invariavelmente, trânsito em julgado de anterior decisão.

De resto, a expressão “ação rescisória”, consagrada pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência e, superiormente, pelos usos e costumes forenses e pela própria tradição, pode e deve ser entendida com as mesmas ressalvas e considerações que ocupam o n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1. Trata-se, portanto, de expressão que deve ser entendida no sentido de que o autor exercerá o seu direito subjetivo público de provocar o Estado-juíz para obter dele uma específica proteção (“tutela jurisdicional”) consistente, primeiro, na remoção de “coisa julgada material” já formada, nos casos admitidos pelo sistema processual civil, e, se for o caso, na obtenção de um novo julgamento sobre o conflito de interesses de direito material que passa a poder ser reexaminado justamente porque não mais imunizado pelo trânsito em julgado.

Para o desenvolvimento deste Capítulo, destarte, “ajuizar uma ação rescisória” significa formular, perante o órgão jurisdicional competente, pedido de tutela jurisdicional consistente no desfazimento da coisa julgada material formada ao arrepio do art. 485 e, se for o caso, de rejuízo do pedido originalmente feito.

É neste sentido e com essas ressalvas, recorrentes ao longo do *Curso*, que a expressão é empregada no Capítulo e, de forma mais ampla, em todo o volume.

### **3. REQUISITOS GENÉRICOS**

São dois os requisitos *genéricos* para a “ação rescisória”: que a decisão a ser rescindida (“decisão *rescindenda*”) seja de mérito, amoldável,

portanto, a uma das hipóteses do art. 269, e que ela tenha transitado em julgado.

Importante destacar que, para o sistema processual brasileiro, a noção de “decisão de mérito” é correlata à de “trânsito em julgado”. Somente as decisões que apreciam o mérito é que serão acobertadas pela “coisa julgada *material*” (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). Não cabe ação rescisória, por falta de *interesse de agir*, se não coexistirem estes dois requisitos.

“*Decisão de mérito*”, contudo, não deve ser entendida com “*sentença de mérito*”. Na exata medida em que uma decisão interlocutória tenha apreciado o *mérito* – como ocorre, por exemplo, no caso de julgamento compartimentado de pedidos cumulados (art. 273, § 6º; v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), na rejeição de prescrição ou decadência por ocasião do saneamento do processo (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I) ou, até mesmo, no julgamento dos incidentes processuais que ensejam o proferimento de decisões meritórias com base em cognição exauriente, como se dá, por exemplo, na chamada “liquidação de sentença” (v. n. 6.3 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3) – é irrecusável o cabimento da rescisória, desde que presentes as demais exigências legais. Neste sentido: STJ, 3ª Seção, AR 2.099/SE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 22.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 243; STJ, 3ª Turma, REsp 711.794/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 5.10.2006, DJ 23.10.2006, p. 305; STJ, 3ª Turma, REsp 628.464/GO, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 5.10.2006, DJ 27.11.2006, p. 275; e STJ, 4ª Turma, REsp 100.902/BA, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 10.6.1997, DJ 29.9.1997, p. 48212.

Também os *acórdãos* (art. 163) são rescindíveis, tenham ou não sido proferidos em *substituição a sentenças*. O que importa é que eles sejam de mérito e que se esteja diante de pelo menos uma das hipóteses do art. 485.

### **3.1. Esgotamento da esfera recursal**

Não é óbice para o cabimento da “ação rescisória” que seu autor, por qualquer motivo, não tenha esgotado todos os recursos eventualmente cabíveis da decisão que pretende rescindir. Nesse sentido é clara a Súmula 514 do STF: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos”.

Assim, mesmo que o autor da rescisória tenha, pura e simplesmente, perdido o prazo de interposição de apelação de sentença que lhe foi desfavorável, pode ingressar com a rescisória perante o Tribunal competente. Mister que observe o prazo de dois anos do art. 495 (v. n. 13, *infra*) e que aponte pelo menos um dos fundamentos do art. 485 (v. n. 6, *infra*). O que é essencial, para fins de *cabimento* da rescisória, é o *fato objetivo* do trânsito em julgado da decisão (de mérito) que se pretende rescindir.

Na hipótese ventilada pelo parágrafo anterior, contudo, o objetivo da “ação rescisória” é a desconstituição da coisa julgada material que recai sobre a sentença – e, para tal mister, o referencial é o do art. 485 – e não a revisão da decisão que inadmitiu a tramitação daquele recurso (STJ, 2ª Seção, AR 1.277/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.m.v. 8.6.2011, DJe 30.8.2011). Tanto que não cabe “ação rescisória” de acórdão que não conhece de apelação intempestiva, à míngua de julgamento de mérito. Nesse sentido: STJ 4ª Turma, REsp 474.022/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 28.4.2009, DJe 11.5.2009.

## 4. LEGITIMIDADE

Admitindo, pelas razões que expõe o n. 2, *supra*, que a rescisória é “ação”, ela deve, como tal, atender a suas “condições” (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). O art. 487 cuida, especificamente, da legitimidade para agir, isto é, daqueles que podem ajuizar a “ação rescisória” na qualidade de autores.

De acordo com o inciso I do dispositivo, as *partes* no processo, assim como seus sucessores a título universal ou singular (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I), detêm essa legitimidade. Nem poderia ser diferente na exata medida em que são as partes (e seus sucessores) que ficam adstritas à imutabilidade do quanto decidido (“coisa julgada *material*”) nos precisos termos do art. 472, 1ª parte (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I).

Demandada em rescisória por uma das partes, a outra, que também participou do processo que rendeu ensejo à decisão que se pretende rescindir, será citada na qualidade de *ré* (art. 491; v. n. 9, *infra*). Sendo o caso, aplicar-se-ão à rescisória as regras relativas ao *litisconsórcio* (STJ, 3ª

Turma, AgRg no REsp 617.072/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 9.8.2007, DJ 27.8.2007, p. 221; STJ, 2ª Turma, REsp 785.666/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 17.4.2007, DJ 30.4.2007, p. 303; STJ, 4ª Turma, REsp 689.321/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 25.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 252; STJ, 1ª Seção, AR 2.009/PB, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 14.4.2004, DJ 3.5.2004, p. 86; e STJ, 2ª Turma, REsp 115.075/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 5.4.2005, DJ 23.5.2005, p. 185), assunto ao qual se volta o Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

O inciso II do art. 487 admite que o “terceiro juridicamente interessado” seja autor da rescisória. Não obstante a *coisa julgada* limitar-se às *partes*, há casos em que os *efeitos* das decisões judiciais atingem inexoravelmente *terceiros*, isto é, pessoas estranhas ao processo em que proferida a decisão que se pretende rescindir. Se assim é, na exata medida em que o sistema processual civil admite, durante a pendência do processo, o ingresso de terceiros pelos mais variados motivos (v. n. 2.3 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I), admite, quando transitadas em julgado determinadas decisões, que eventuais terceiros, que ficam sujeitos a seus *efeitos*, possam pleitear sua rescisão e, com isso, buscar melhoria em sua própria situação jurídica.

Analogicamente ao que se verifica no caso de recurso de *terceiro prejudicado* (art. 499, § 1º; v. n. 2.2.2 do Capítulo 3 da Parte I), deve ser prestigiado o entendimento de que o terceiro que venha a ajuizar a “ação rescisória” demonstre, com a inicial, o “nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, é dizer: que ele, terceiro, demonstre no que a decisão que pretende rescindir afeta posição jurídica sua, direta ou indiretamente.

Sendo autor da rescisória um *terceiro* em relação ao processo originário, o autor e o réu daquele processo deverão ser citados na qualidade de litisconsortes *necessários*, observando-se as considerações que faz o n. 3 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

Não há qualquer óbice, outrossim, para que eventuais terceiros pretendam intervir, na qualidade de assistentes (simples ou litisconsorciais) ao longo do processo em que é pedida a rescisão de decisão transitada em julgado, aplicando-se, à espécie, as regras dos arts. 50 a 55 (v. Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Neste sentido, aceitando a intervenção de pessoa

jurídica de direito público em rescisória para os fins do art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997, o que este *Curso* entende como um caso de *amicus curiae* (v. n. 3 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I), v.: STJ, 4ª Turma, REsp 620.438/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 15.12.2005, DJ 27.3.2006, p. 280.

## 4.1. Especificamente a legitimidade do Ministério Público

Tem legitimidade para a “ação rescisória” também o Ministério Público. Seja quando atuou no processo em que proferida a decisão trântita em julgado e que pretende rescindir na qualidade de *parte* (art. 487, I), seja quando deixou de intervir naquele processo, porque obrigatório, na qualidade de fiscal da lei (art. 487, III, “a”), ou, ainda, nos casos em que o fundamento da rescisória for o de colusão das partes para o fim de fraudar a lei (arts. 487, III, “b” e 485, III, 2ª parte; v. n. 6.3, *infra*).

No que diz respeito à legitimidade do Ministério Público ao deixar de intervir na qualidade de fiscal da lei, é correto o entendimento de que a hipótese, expressamente prevista na alínea “a” do inciso III do art. 487, nada mais é do que o desdobramento do inciso V do art. 485, já que representa caso em que houve violação a literal dispositivo de lei, especificamente os arts. 82 e 84.

Quanto à legitimidade do Ministério Público para a hipótese do art. 485, III, cabe reconhecê-la independentemente de eventual intervenção daquele órgão no processo em que foi proferida a decisão questionada. Sendo o Ministério Público o autor da rescisória em tais casos, o autor e o réu que contribuíram para a fraude devem ser citados como litisconsortes passivos *necessários* da rescisória (art. 47).

A legitimidade do Ministério Público para a hipótese não exclui a legitimidade de outras pessoas para o mesmo fim, situação que pode ocorrer quando houver, no processo originário, pluralidade de autores e/ou de réus e o ato tiver sido praticado por alguns deles, ou, ainda, quando houver algum *terceiro* prejudicado com o proferimento da decisão.

Não obstante a aparente rigidez do inciso III do art. 487, o Ministério Público tem legitimidade para a rescisória visando à proteção de qualquer direito ou interesse indisponível, mercê de sua finalidade institucional

garantida no art. 127, *caput*, da Constituição Federal (STJ, 1ª Seção, AR 384/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j.m.v. 14.5.1997, DJ 1º.9.1997, p. 40715).

## 5. PETIÇÃO INICIAL

O processo em que se desenvolve a “ação rescisória” deve observar, como qualquer processo, os pressupostos a que se refere o n. 3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1. De relevo para o Capítulo presente, à luz do que se lê do art. 488, analisar mais de perto os aspectos característicos de sua petição inicial, tomando como referência o art. 282 (v. Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I).

A primeira exigência de qualquer petição inicial é a indicação do tribunal ao qual ela é dirigida (art. 282, I). A regra é a de que cada tribunal tem competência para rescindir seus próprios julgados, como expressamente preveem os arts. 102, I, “j”; 105, I, “e”, e 108, I, “b”, todos da Constituição Federal para o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, respectivamente. A identificação do órgão competente para a rescisória é determinada pelo regimento interno de cada tribunal. As sentenças de primeira instância transitadas em julgado são passíveis de rescisão perante o tribunal competente para apreciação dos recursos de apelação que teriam cabimento no processo mas que, por qualquer motivo, não foram interpostos.

Quando o recurso extraordinário ou o recurso especial não for *conhecido* pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, a competência para a “ação rescisória” permanece no Tribunal *a quo*, prolator do acórdão do qual se pretendeu, sem sucesso, recorrer extraordinária ou especialmente. Justifica-se o entendimento porque na hipótese não se operou o “efeito *substitutivo*” previsto no art. 512 (v. n. 9 do Capítulo 4 da Parte I). Quando, a despeito do não conhecimento daqueles recursos, a “questão *constitucional*” ou a “questão *federal*” tiver sido apreciada pelos Tribunais Superiores – prática bastante comum, como dá notícia o n. 5 do Capítulo 11 da Parte I –, é deles a competência para a “ação rescisória”. Neste sentido: STF, Pleno, AR 1.572/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 30.8.2007, DJ 20.9.2007, p. 20; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 917.818/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 13.11.2007, DJ 27.11.2007, p.

296; e STJ, 2ª Turma, REsp 720.045/RS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.un.. 3.5.2005, DJ 27.6.2005, p. 344.

É o que se lê da Súmula 249 do STF: “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”. Similarmente, a Súmula 515 do mesmo Tribunal enuncia: “A competência para a “ação rescisória” não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”.

Por identidade de motivos, é competente o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça quando o indeferimento do agravo de instrumento interposto com a finalidade de dar trânsito ao recurso extraordinário ou ao recurso especial (v. n. 4 do Capítulo 7 da Parte I) dá-se por razões de mérito, enfrentando, destarte, a “questão *constitucional*” ou a “questão *federal*”, respectivamente. Neste sentido: STJ, 3ª Seção, AR 3.182/MG, rel. Min. Paulo Medina, j.un. 14.3.2007, DJ 30.4.2007, p. 279, e STJ, 1ª Turma, REsp 712.285/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.8.2005, DJ 29.8.2005, p. 194.

Em última análise, a fixação da competência para a “ação rescisória” pressupõe o proferimento de decisão *substitutiva* em sede recursal, vale dizer, de *conhecimento* do recurso então interposto, ou o proferimento de decisões de mérito em processos da competência originária dos Tribunais (STJ, 1ª Turma, REsp 778.537/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 13.12.2005, DJ 13.2.2006, p. 710).

Havendo dúvidas quanto ao Tribunal efetivamente competente para a rescisória, é desejável que o autor expressamente requeira a remessa dos autos a outro Tribunal, caso a Corte perante a qual a rescisória for apresentada entender-se incompetente. Evita-se, assim, a consumação do prazo a que se refere o art. 495 (v. n. 13, *infra*) com a determinação de remessa dos autos para o Tribunal que se reputar competente, aplicando-se, corretamente, o disposto no art. 113, § 2º, à espécie. O entendimento predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 3ª Seção, AgRg na AR 3.806/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j.m.v., 12.9.2007, DJ 6.12.2007, p. 287; STJ, 1ª Turma, REsp 753.194/SC, rel. Min. José Delgado,

j.un. 4.8.2005, DJ 5.12.2005, p. 240; e STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 733.722/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 16.6.2005, DJ 12.12.2005, p. 322 ), contudo, é em sentido contrário, de que a hipótese é de extinção do processo sem julgamento de mérito.

Os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e réu (art. 282, II) correspondem à identificação e qualificação dos legitimados ativos e passivos da ação rescisória (art. 487).

A causa de pedir referida pelo art. 282, III, corresponde à demonstração da ocorrência de um ou mais de um dos fundamentos do art. 485. Prevalece o entendimento quanto à plena aplicação, para a rescisória, dos princípios *jura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*, é dizer: desde que a hipótese ou hipóteses de rescindibilidade se amoldem ao art. 485, é indiferente que o autor deixe de invocar o dispositivo que fundamenta sua iniciativa ou que o faça erradamente. Dada a sua importância para o tema, as hipóteses de rescindibilidade são estudadas pelo n. 6, *infra*.

O pedido (art. 282, IV) será invariavelmente o de desconstituição da coisa julgada que recai sobre a decisão rescindenda e, conseqüentemente, à decisão por ela protegida. Em algumas situações, é possível *cumular* a este pedido outro, de proferimento de *novo* julgamento, observando-se a natureza e os limites do pedido originariamente formulado no processo em que foi proferida a decisão que se pretende rescindir. Tanto o pedido relativo ao *judicium rescindens* como o relativo ao *judicium rescissorium* (v. n. 5.1, *infra*), quando for o caso, devem ser *expressamente* formulados ao autor, o que não autoriza o entendimento de que sua formulação deva observar desnecessários rigorismos formais (STJ, 2ª Turma, REsp 783.516/PB, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 19.6.2007, DJ 29.6.2007, p. 541).

O valor da causa (art. 282, V) deve corresponder ao da causa em que proferida a decisão que se pretende rescindir ou, quando o pedido da rescisória não envolver a totalidade da pretensão originária, o equivalente monetário ao que o autor pretende obter com sua nova investida jurisdicional. O valor deve ser atualizado monetariamente para representar o real (e atual) conteúdo econômico pretendido pelo autor da rescisória.

Eventuais provas a serem produzidas ao longo da instrução (art. 282, VI, c/c o art. 493; v. n. 10.2, *infra*) também deverão ser indicadas com a inicial,

observando-se o que, sobre o tema, escreve o n. 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I.

O pedido de citação (art. 282, VII; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I) é imposto pelo art. 491, assunto para o qual se volta o n. 9, *infra*.

Não obstante o silêncio do art. 488, o art. 283 também se aplica à rescisória. Os “documentos *indispensáveis*” devem acompanhar a inicial. Assim, por exemplo, a cópia da decisão que se pretende rescindir, a comprovação de seu trânsito em julgado (v. n. 3, *supra*) e sua data respectiva (v. n. 13, *infra*), o “documento novo” que fundamenta a rescisória do inciso VII do art. 485 (v. n. 6.7, *infra*), e a guia comprobatória do recolhimento da multa de que trata o inciso II do art. 488 (v. n. 5.2, *infra*).

Também o art. 284 deve ter ampla aplicação na hipótese. Desde que o relator constate algum vício sanável na petição inicial ou a falta de apresentação de algum documento que repute indispensável, deverá, motivadamente, determinar a emenda da inicial no prazo de dez dias. Somente se não cumprida a determinação é que se justifica seu indeferimento (STJ, 3ª Turma, REsp 846.227/MS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 22.5.2007, DJ 18.6.2007, p. 263). Trata-se da aplicação da mesma diretriz que, embora fazendo menção expressa apenas ao recurso de apelação, é acolhida pelo § 4º do art. 515 (v. n. 6.1 do Capítulo 5 da Parte I). Com relação à admissão da demonstração posterior do recolhimento da multa para os fins do art. 488, II, ainda que em guia imprópria, por força de autorização regimental expressa (v. n. 11.1, *infra*), v.: STJ, 4ª Turma, REsp 136.254/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j.un. 3.2.2005, DJ 9.5.2005, p. 407.

## 5.1. Cumulação de pedidos

É possível a cumulação *sucessiva* de dois pedidos de prestação de tutela jurisdicional em sede de rescisória: o de desconstituição (anulação) da decisão trânsita em julgado e, desde que acolhido, o de proferimento de *nova* decisão. Este, o *judicium rescissorium* (“juízo rescisório”); aquele, o *judicium rescindens* (“juízo rescindendo”).

Nem todos os fundamentos hábeis para fundamentar a rescisória permitem a cumulação dos pedidos, como se dá, por exemplo, com a hipótese do inciso IV do art. 485 (v. n. 6.4, *infra*). Para esse dispositivo, o objetivo a ser

alcançado pela rescisória satisfaz-se, apenas e tão somente, com a desconstituição da coisa julgada que se formou ao arripio do sistema processual civil.

Também não há como conceber, de imediato, o *judicium rescissorium* quando o fundamento da rescisória é a incompetência absoluta (art. 485, II; v. n. 6.2, *infra*) de seu prolator e o Tribunal não tiver competência para prosseguir no julgamento. Nesse caso, o processo deverá ser enviado ao juízo competente. Eventual rejuízo imediato poderia, até mesmo, consistir em supressão de instância e, conseqüentemente, agredir o “princípio do juiz natural” (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Noutras hipóteses, entretanto, a cumulação de pedidos é plenamente justificável, como se dá, por exemplo, quando a rescisória se fundamenta na violação a literal dispositivo de lei (art. 485, V; v. n. 6.5, *infra*). Em tal hipótese, além do desfazimento da coisa julgada anterior, o autor tem direito a um novo julgamento que não viole “literal dispositivo de lei”.

Mas não só. Em todos aqueles casos em que o autor tomar como fundamento de sua pretensão alguma hipótese que diga respeito, diretamente, ao proferimento de uma decisão *diferente* daquela que pretende ver rescindida no que diz respeito ao enfrentamento do próprio conflito de interesses, é dizer, do “mérito” do primeiro processo (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). É o que se dá para as hipóteses dos incisos VI, VII, VIII e IX do art. 485.

A formulação de pedido quanto ao *judicium rescindens*, isto é, de pedido de rescisão da decisão trântica em julgado, é sempre e em qualquer caso de rigor porque caracteriza, em última análise, a “ação rescisória” como tal. Se for o caso (é esta a expressão empregada pelo inciso I do art. 488) cumular-se-á a ele outro pedido, voltado ao *novo* julgamento da causa. Prevalece, a respeito, o entendimento de que, se o pedido de *novo* julgamento não for formulado, é defeso seu enfrentamento de ofício mesmo quando possível, sob pena de violação dos arts. 128, 262 e 460, que agasalham o “princípio da inércia da jurisdição” (v. n. 11.2, *supra*, e n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

## 5.2. Recolhimento de multa prévia

O inciso II do art. 488 impõe o prévio recolhimento de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa a título de multa quando da propositura da “ação rescisória”.

A *ratio* do dispositivo é evitar proliferação de pretensões rescisórias infundadas. Isso porque a multa será revertida para o réu (ou réus) quando ela for, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou julgada improcedente (art. 494; v. n. 11.3, *infra*), dispositivo que contém enunciação *taxativa* (STJ, 2ª Turma, REsp 754.254/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 21.5.2009, DJe 1.6.2009).

É correto o entendimento de que a apresentação da guia comprobatória deste depósito é “documento *indispensável*” que, como tal, deve acompanhar a petição inicial da “ação rescisória” (art. 283; v. n. 5, *supra*), não obstante a omissão do autor dever ser suprida pelo magistrado, antes de indeferir aquela peça, determinando sua emenda nos termos do art. 284 (v. n. 5, *supra*).

Não há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à necessidade de o valor da causa, que serve como base de cálculo do recolhimento da multa, dever corresponder ao valor da causa cuja decisão se pretende rescindir, atualizada monetariamente. Excepciona-se o entendimento quando o benefício econômico pretendido pela rescisória discrepar daquele, cabendo ao autor a justificativa. É o que, com acerto, já decidiu a 3ª Turma do STJ no AgRg no AREsp 136.378/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 24.4.2012, DJe 10.5.2012.

O parágrafo único do art. 488 dispensa a União, os Estados, os Municípios (os integrantes da chamada “administração *direta*”) e o Ministério Público de recolher *previamente* o depósito de que trata o inciso II do mesmo dispositivo. Há polêmica em doutrina e em jurisprudência acerca da extensão dessa *imunidade* a outras pessoas jurídicas de direito público.

O melhor entendimento do dispositivo é no sentido de que qualquer pessoa que tenha natureza de direito público (isto é, que seja regida por normas de direito público) seja dispensada do recolhimento da caução versada no dispositivo (STJ, 5ª Turma, REsp 749.714/DF, rel. p./acórdão Min. Gilson Dipp, j.m.v. 6.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 400, e STJ, 3ª Seção, AR 1º.435/CE, rel. p./acórdão Min. Gilson Dipp, j.m.v. 14.4.2004, DJ

10.5.2004, p. 161). É nesse sentido, por exemplo, a Súmula 175 do STJ, que dispensa o INSS, uma autarquia federal, componente da “administração indireta”, deste recolhimento, orientação que vai de encontro ao posicionamento do extinto Tribunal Federal de Recursos consubstanciada na sua Súmula 129. Reforça a orientação mais recente a regra do *caput* do art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, acrescentado pelo art. 3º da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, segundo o qual: “A União, suas autarquias e fundações públicas são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias”.

Da regra do parágrafo único do art. 488, máxime quando lida a partir do precitado *caput* do art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, deriva o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público não deverão pagar, para o réu, a multa de 5% sobre o valor da causa mesmo quando a rescisória for inadmitida ou julgada improcedente por unanimidade de votos (art. 494; v. n. 11.3, *infra*), porque, não estando obrigadas a recolher aquele valor *antecipadamente*, não haveria como justificar sua *reversão* ou *restituição* a depender do resultado da rescisória e porque a presunção, para elas, é a de que não atuarão de forma temerária em juízo a afastar a *ratio* daquela multa. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 585.273/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 17.6.2004, DJ 30.8.2004, p. 262; STJ, 1ª Seção, AR 419/DF, rel. Min. Franciulli Netto, j.un. 24.10.2001, DJ 13.5.2002, p. 138; STJ, 1ª Seção, EAR 568/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 4.11.2001, DJ 18.2.2002, p. 211; STJ, 1ª Turma, REsp 4.999/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j.m.v. 1º.6.1995, DJ 19.6.1995, p. 18634.

A jurisprudência do STJ é firme quanto à inaplicabilidade do inciso II ao beneficiário da justiça gratuita, nos termos do art. 9º da Lei n. 1.060/1950 (STJ, 3ª Seção, AR 2.968/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 12.12.2007, DJ 1º.2.2008, p. 1; STJ, 1ª Turma, REsp 797.617/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 7.2.2006, DJ 20.2.2006, p. 243; STJ, 3ª Turma, REsp 592.818/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 29.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 396), até como forma de evitar qualquer óbice ao “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Embora não haja maiores manifestações jurisprudenciais a respeito, é irrecusável o entendimento de que a pura e simples exigência do

recolhimento da *multa prévia* é inconstitucional porque fere o “princípio do acesso à justiça” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), independentemente de o autor da rescisória ter ou não condições financeiras de fazer o respectivo depósito judicial. Não convence o argumento, usualmente empregado, de que o depósito prévio da multa se faz necessário para tutelar, reflexamente, a coisa julgada, também consagrada expressamente pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 3.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Se assim fosse, a razão de ser da rescisória – não só do pagamento prévio de *multa* para sua propositura – agrediria, ela própria, aquele dispositivo. Não há como impor *previamente* a alguém qualquer tipo de sanção (é esta a natureza jurídica da multa ora discutida), pressupondo descabida a sua pretensão de tutela jurisdicional.

Também não convence o argumento de que a multa se justifica para evitar a atuação temerária das partes em juízo após o trânsito em julgado, evidenciando, também dessa perspectiva, tratar-se, a “ação rescisória”, de medida excepcional em nosso ordenamento jurídico. É que a apenação da litigância de má-fé é aceita em diversos pontos do Código de Processo Civil (v., em especial, os arts. 17 e 18 e o n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) e não há razão de *pressupor* que o autor da rescisória, só porque se volta a uma decisão que já transitou em julgado, atuará fora dos padrões exigidos de qualquer litigante.

A questão é tanto mais interessante quando analisada a partir do parágrafo único do art. 488, que dispensa os integrantes da “administração direta” e o Ministério Público do depósito da multa, o que, à falta de justificativa que se afine ao “modelo constitucional do direito processual civil”, acaba por violar o “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Mais ainda quando a dispensa do depósito *prévio* da multa acaba por conduzir à *dispensa* de seu pagamento a final, na linha do entendimento da jurisprudência colacionado anteriormente, que encontra eco no destacado art. 24-A, *caput*, da Lei n. 9.028/1995.

## 6. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O art. 485 cuida das hipóteses de cabimento, isto é, dos fundamentos da “ação rescisória”. Trata-se de seus requisitos *específicos*, que podem, consoante o caso, ser *cumulados* (art. 292), isto é: nada impede que uma

mesma “ação rescisória” pretenda rescindir decisão transitada em julgado porque proferida por juízo absolutamente incompetente (art. 485, II; v. n. 6.2, *infra*) e porque violou expresso dispositivo de lei (art. 485, V; v. n. 6.5, *infra*). Não aceito um dos fundamentos, passa-se à análise do outro, e assim sucessivamente. Também não existe qualquer óbice na propositura *sucessiva* de “ações rescisórias”. Basta que causa de pedir *diversa* fundamente a *nova* investida jurisdicional e que o art. 495 seja observado desde o trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir (v. n. 13, *infra*).

Cada um dos *fundamentos* descritos no art. 485 corresponde às diversas *causas de pedir* da “ação rescisória” e, portanto, devem elas estar claramente identificadas na inicial (art. 282, III; v. n. 5, *supra*). A exigência, contudo, não significa dizer que o autor deva indicar qual inciso do art. 485 fundamenta sua iniciativa. Basta que a inicial faça referência e delimite ao menos uma das causas de rescindibilidade descritas no dispositivo para que ela seja *apta* a produzir regularmente os seus efeitos.

O rol do art. 485, de acordo com a doutrina e a jurisprudência tradicionais, é taxativo e não comporta, por isso mesmo, interpretação ampliativa ou analógica, entendimento que se afinaria à proteção constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

É importante destacar, a respeito da afirmação do último parágrafo, todavia, que crescente parcela da doutrina e, em alguma medida, a jurisprudência de alguns Tribunais, tem desenvolvido a tese quanto a uma necessária *relativização da coisa julgada* em casos em que há, *flagrantemente*, alguma injustiça ou, de forma mais ampla, algum *flagrante* erro de julgamento. Assim, por exemplo, em casos em que não houve reconhecimento da filiação por deficiência de provas e que hoje, em virtude dos avanços tecnológicos, é dado, com precisão, saber quem é o pai da criança, e assim por diante. Nestes casos, sustenta-se a necessidade de o *princípio da segurança jurídica*, que deriva, especificamente, do dispositivo constitucional precitado, ceder espaço a outros valores, igualmente consagrados pela Constituição brasileira (por exemplo, a dignidade da pessoa humana) e, conseqüentemente, admitir-se um novo julgamento da causa. Em tais casos, é preferível que uma verdade *materialmente* constatável não possa deixar de ser jurisdicionalmente reconhecida em virtude de anterior decisão jurisdicional.

Uma das formas de obter este resultado é admitir uma leitura ampliada, extensiva, quiçá mesmo, *criativa*, dos diversos incisos do art. 485, flexibilizando-se, com isto, os casos de cabimento da rescisória. Quando menos que, em alguns casos, seja tolerada contagem diversa para a fluência do prazo a que se refere o art. 495 (v. n. 13.2, *infra*) assim, para ilustrar, que o prazo corresse não do trânsito em julgado mas da descoberta, objetivamente constatável, do fato que dá origem ao pedido de rescisão do julgado.

A orientação, que tem o apoio deste *Curso* pelas razões expostas pelo n. 7.1 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I, não dispensa, contudo, esmerada análise de cada um dos fundamentos que, de acordo com o art. 485, autoriza o pedido de rescisão de anterior decisão transitada em julgado.

## **6.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz**

A primeira causa de pedir que fundamenta o pedido de rescisão do julgado é a ocorrência de *prevaricação*, *concussão* ou *corrupção* do juiz. Essas figuras são tipos criminais e, como tais, devem ser entendidas de acordo com o Código Penal.

*Prevaricação*, de acordo com o art. 319 do Código Penal, é “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

*Concussão*, em conformidade com o art. 316 do mesmo Código, é “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

A *corrupção*, na letra do art. 317, ainda do Código Penal, cuja pena foi majorada pela Lei n. 10.763/2003, caracteriza-se quando o juiz “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 acertar promessa de tal vantagem”.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas quanto à *desnecessidade* de se aguardar o desfecho de eventual persecução criminal para habilitar o ajuizamento da ação rescisória. Independentemente, pois, da prévia declaração judicial de que o juiz cometeu qualquer um daqueles crimes, tem

cabimento a ação rescisória. O deslinde penal não é “questão *prejudicial*” da rescisória, portanto.

De outra parte, é predominante o entendimento de ser suficiente a prática de ato definido como *prevaricação*, *concussão* ou *corrupção* por um de seus integrantes quando a decisão que se pretende rescindir provier de órgãos colegiados. A justificativa está em que, nos órgãos colegiados, o julgamento é a reunião das vontades individuais. Se uma delas está contaminada por um dos vícios repudiados pela lei, o resultado da reunião destas vontades também estará.

## 6.2. Juiz impedido ou juízo absolutamente incompetente

O inciso II do art. 485 trata de dois fundamentos diversos para a rescisória. É rescindível a decisão de mérito proferida por *juiz* impedido ou por *juízo* absolutamente incompetente.

Juiz impedido (a referência é à pessoa *física* e não ao *órgão* jurisdicional) não pode atuar no processo por falta de *imparcialidade objetiva*, necessária ao desenvolvimento da jurisdição e que deve estar presente em todas as etapas e fases do processo. Os casos de impedimento são descritos no art. 134, que é expreso quanto à vedação de o juiz funcionar no processo (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O impedimento é vício que não se convalida. Mesmo que o magistrado, de ofício, não se dê por impedido e mesmo que as partes não oponham a exceção de que trata o art. 138, § 1º, a decisão proferida por magistrado impedido é nula e, sendo de mérito e tendo transitado em julgado, é *rescindível*. Fundamental, portanto, que a decisão a ser rescindida tenha sido proferida pelo juiz impedido, sendo indiferente, para esse fim, a atuação anterior ou posterior do magistrado no mesmo processo.

O inciso II do art. 485 não se ocupa com a “suspeição” (art. 135; v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) como causa de rescindibilidade da sentença. A omissão é justificada porque, diferentemente do impedimento, não há causa *objetiva* para afastamento do magistrado em tais casos. Se não houve tempestivo reconhecimento, pelo próprio magistrado, de sua suspeição nem pedido de reconhecimento formulado pelas partes, não é dado

a estas questionar o acerto da decisão daquela perspectiva, em sede de rescisória.

A “incompetência *absoluta*” do *juízo* (o defeito diz respeito ao órgão jurisdicional e não à pessoa física que nele atua), segunda hipótese referida no inciso II do art. 485, também gera “nulidade absoluta” (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I) Pode, até mesmo, ser declarada em qualquer grau de jurisdição (ordinária), como autoriza o art. 267, § 3º.

Não obstante a falta de declaração oficiosa da incompetência absoluta e eventual silêncio das partes (art. 113), o vício não se convalida mesmo com o proferimento de decisão de mérito e com o seu trânsito em julgado, diferentemente do que se dá nos casos de “incompetência *relativa*”, que *não pode* ser declarada de ofício e que só pode ser arguida pelo réu em exceção a ser apresentada no prazo da defesa, sob pena de ser prorrogada (arts. 112, *caput*, 114 e 297; v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I).

É indiferente, para fins de cabimento da rescisória lastreada nesses fundamentos, que a objeção de impedimento ou de incompetência absoluta tenha sido levantada e resolvida no processo originário.

### **6.3.Dolo da parte vencedora ou colusão das partes para fraudar a lei**

A prática de atos dolosos por uma das partes visando ao proferimento de decisão que lhe seja favorável conduz à nulidade da decisão, que passa a ser rescindível, de acordo com o inciso III do art. 485.

Para identificação de tais atos, devem ser levadas em consideração não só as hipóteses capituladas no art. 17 mas também qualquer outro ato ou fato criado pela parte que prejudique intencional e deliberadamente o adversário, diminuindo, ilicitamente, as chances de acolhimento de sua pretensão (ou de sua resistência) em *juízo* (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). De forma ampla, o descumprimento dos deveres impostos pelo art. 14, em especial a hipótese de seu inciso II, poderá dar ensejo à rescisória fundada no art. 485, III.

É fundamental para que a decisão seja rescindida pela ocorrência de dolo da parte vencedora que haja nexo de causalidade entre sua atividade e o resultado do processo em que proferida. Se os atos ilícitos que tiver

praticado não influenciarem o resultado daquele processo, a rescisória, por este fundamento, é descabida.

A segunda parte do inciso III do art. 485 alude à “colusão das partes para fraudar a lei” como causa para a rescisão da decisão de mérito. Por *colusão* deve ser entendida a combinação das partes de usar do processo para obtenção de fins ilícitos. Desde que o magistrado não tenha notado o intuito das partes e proferido sentença contrária a seus interesses, nos termos do art. 129, uma vez que a decisão respectiva transite em julgado, cabe a rescisória com fundamento no dispositivo aqui examinado.

A repulsa da hipótese pelo ordenamento é tamanha que a alínea “a” do inciso III do art. 487 se preocupou em legitimar *expressamente* o Ministério Público para a ação rescisória, como expõe o n. 4.1, *supra*.

## 6.4.Ofensa à coisa julgada

A coisa julgada referida no inciso IV do art. 485 é a coisa julgada *material*, vale dizer, a qualidade de imutabilidade que se agrega às decisões *de mérito* não mais sujeitas a qualquer recurso. Rigorosamente, a existência de coisa julgada anterior repele a propositura de demanda com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (art. 301, §§ 1º a 3º; v. n. 3.3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Pode ocorrer, no entanto – não obstante a presença desse pressuposto processual *negativo* –, que uma segunda demanda, *idêntica à primeira*, seja proposta e sua decisão venha a transitar em julgado. Pelo critério empregado pelo inciso IV do art. 485, a *segunda* decisão, que *não deveria ter sido proferida*, pode ser rescindida, por violar a coisa julgada que, soberanamente, já se formou no *primeiro* processo. É o entendimento que já prevaleceu na 3ª Seção do STJ na AR 3.029/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j.m.v. 11.5.2011, DJe 30.8.2011. A orientação prevalece mesmo quando o trânsito em julgado dá-se por particularidades experimentadas ao longo dos segmentos recursais de cada um dos processos, como já teve oportunidade de decidir a 2ª Seção do STJ na AR 3.688/MT, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 29.2.2012, DJe 24.4.2012.

Embora a lei e o sistema processual tenham sido cuidadosos a respeito do tema, pode ocorrer que o segundo processo, que *reproduz* processo em curso, receba decisão de mérito em primeiro lugar que venha, pela não

interposição de recursos ou porque interpostos e julgados todos os cabíveis, transitar em julgado. Em tal situação, qual decisão será passível de rescisão à luz do inciso IV do art. 485?

O tema é bastante controverso em doutrina e em jurisprudência. Os que defendem a tese de que a coisa julgada que se formar em primeiro lugar deve ser prestigiada acentuam a *finalidade última* da vedação da repetição de demandas idênticas: evitar o proferimento de julgamentos colidentes e contraditórios entre si para uma *mesma* relação jurídica de direito material conflituosa. Os que sustentam o entendimento de que, em qualquer caso, a coisa julgada que se formar sobre a decisão proferida no “segundo processo” é que deve ser rescindida com fundamento no art. 485, IV, enaltecem a vedação da litispendência (art. 301, §§ 1º e 3º), independentemente da circunstância de seu desfecho se dar em primeiro lugar.

Dada a proteção *constitucional* da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), é mais acertada a corrente que sustenta o prevailecimento da *primeira coisa julgada*, independentemente de ela decorrer da resolução de mérito do primeiro ou do segundo processo.

A exemplo do que o n. 6.2, *supra*, sustenta com relação ao inciso II do art. 485, aqui também é indiferente, para fins da pertinência da rescisória, que tenha havido, no processo anterior, suscitação e rejeição da ocorrência de coisa julgada.

A 1ª Seção do STJ, na AR 3.506/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 26.5.2010, DJe 16.6.2010, já teve oportunidade de entender que cabe ação rescisória contra a decisão que acolhe a renúncia sobre o direito que se funda a “ação”, considerando o disposto no art. 269, V, que dá azo a julgamento de mérito e, portanto, apto a transitar materialmente em julgado.

## **6.5. Violação a literal dispositivo de lei**

Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dada à palavra lei referida no inciso V do art. 485. *Lei*, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de *norma jurídica*, independentemente de sua gradação. Isto é, tanto se pode conceber a rescisória para impugnar decisão que violou a Constituição Federal, Constituições Estaduais ou Leis Orgânicas dos Municípios, leis

propriamente ditas, medidas provisórias, que têm força de lei, como atos normativos infralegais, por exemplo, decretos e regulamentos. O Superior Tribunal de Justiça já admitiu a rescisória calcada no inciso V do art. 485 por ofensa a dispositivo de seu próprio Regimento Interno (STJ, 2ª Seção, AR 579/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.m.v. 28.6.2000, DJ 5.2.2001, p. 69).

Maiores dificuldades apresentam-se na compreensão do que é “violação a *literal* dispositivo de lei”. Para enfrentar a questão, importa colacionar a Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória contra ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

O que o enunciado quer evidenciar é que, toda vez que a interpretação da norma que dá substrato jurídico à decisão que se pretende rescindir for controvertida na jurisprudência, é impossível identificar-se a *literal* violação exigida pelo inciso V do art. 485 para fins de sua rescisão (STF, 1ª Turma, AI-AgR 625.053/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 23.10.2007, DJ 14.11.2007, p. 46; STJ, 1ª Seção, AR 3.155/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 24.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 146; STJ, 1ª Seção, AR 1.398/PR, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 28.2.2007, DJ 17.9.2007, p. 196; STJ, 5ª Turma, REsp 544.245/CE, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 15.3.2007, DJ 23.4.2007, p. 286; e STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 516.328/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 15.3.2007, DJ 2.4.2007, p. 312).

Questão semelhante norteou, por longo espaço de tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (e, por alguns anos, após a promulgação da Constituição de 1988, também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) relativamente à interpretação *razoável* de norma jurídica para fins de recurso extraordinário e especial (v., sobretudo, a Súmula 400 do STF), como demonstra o n. 4.1 do Capítulo 11 da Parte I. Como havia, à época do julgamento, duas ou mais correntes acerca da interpretação da *mesma* norma jurídica, a aplicação de qualquer uma delas teria aptidão de gerar quase que um *indiferente* jurídico. Violação a *literal* disposição de lei, conseqüentemente, é violação *flagrante, inequívoca, palmar, evidente*. A violação é *literal* porque qualquer um que analisar o teor da decisão terá condições *objetivas* de verificar que o julgador *errou* na interpretação e na conseqüente aplicação da lei ao caso concreto.

Não há necessidade, de qualquer sorte, que o dispositivo de lei que se reputa violado conste expressamente da decisão que se pretende rescindir. Não se aplicam à “ação rescisória” os rigores formais que, no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial, recebem o nome de “prequestionamento” (v. n. 2.1 do Capítulo 11 da Parte I). Neste sentido: STF, 1ª Turma, RE-AgR-ED 444.810/DF, rel. Min. Eros Grau, j.un. 3.4.2007, DJ 4.5.2007, p. 38; STF, AI 592.651/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.5.2006, DJ 23.6.2006, p. 91; STF, 1ª Turma, AI-AgR 312.424/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 14.3.2006, DJ 31.3.2006, p. 7; e STF, 2ª Turma, RE-AgR 328.812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 10.12.2002, DJ 11.4.2003, p. 42.

Para fins de rescisória, ainda hoje, prevalece o entendimento consagrado na precitada Súmula 343 do STF: desde que, à época do proferimento da decisão que se pretende rescindir, haja controvérsia nos tribunais acerca da *correta* – com ânimo de *única* – interpretação da norma jurídica que embasa a decisão, a rescisória deve ser afastada. Indiferente que, após o trânsito em julgado da decisão, os tribunais tenham *uniformizado* sua jurisprudência no sentido oposto do que acabou por prevalecer no caso concreto. Inversamente, não havendo dualidade ou maiores discussões quanto ao exato (“literal”) sentido da norma que fundamenta a decisão, cabe a rescisória que terá como objeto não só a *desconstituição* da anterior coisa julgada mas também o rejuízo da causa, aplicando-se a interpretação “correta” da norma no caso concreto.

É pacífico o entendimento (assim, v.g.: STF, Pleno, RE-ED 328.812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 6.3.2008, DJe 24.3.2008; STF, Pleno, AR 1.478/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 17.11.2011, DJe 1.2.2012; STJ, 1ª Turma, REsp 1.073.509/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.6.2009, DJe 1.7.2009; STJ, 1ª Seção, AR 3.525/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.m.v. 8.10.2008, DJe 4.5.2009; STJ, 3ª Seção, AR 867/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 8.8.2007, DJ 3.9.2007, p. 116; e STJ, 1ª Seção, EREsp 608.122/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 9.5.2007, DJ 28.5.2007, p. 280) quanto à não incidência da Súmula 343 do STF aos casos em que a decisão diz respeito à interpretação de normas *constitucionais*. Nesses casos, é cabível a rescisória mesmo que a decisão tenha sido proferida em época em que havia divergência jurisprudencial

acerca da interpretação da norma *constitucional* por ela interpretada e aplicada. Mais ainda quando, posteriormente ao proferimento da decisão que se pretende rescindir, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado *ou* difuso da constitucionalidade, vier a declarar inconstitucional determinada norma jurídica. A Súmula 63 do TRF4 é bastante esclarecedora a esse respeito: “Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional”. O mesmo deve ser dito com relação à Súmula 27 do TRF-3: “É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente interpretação de texto constitucional”. Há corrente doutrinária minoritária, defendida, dentre outros, por Ada Pellegrini Grinover (Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, p. 1-17), que sustenta a não aplicabilidade da Súmula 343 do STF somente quando a declaração de inconstitucionalidade da norma verificar-se sucessivamente ao caso julgado em sede de controle *concentrado*, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, isto é, retroativos. Para a declaração *incidental* de inconstitucionalidade (em recurso extraordinário, por exemplo), a precitada autora admite a não incidência da Súmula 343 somente quando o Senado Federal suspender a execução da norma declarada inconstitucional nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, *e desde que se entenda* que esse ato tem efeitos retroativos.

Ainda sobre a Súmula 343 do STF e a dicotomia sobre sua não aplicação para os casos em que a “norma violada” é *constitucional*, cabe evidenciar o pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 536-539) que vem se posicionando em sentido contrário, sustentando o descabimento daquela orientação – tanto quanto a não sobrevivência da Súmula 400 do STF –, inclusive para a interpretação da lei federal, dando destaque, pertinentemente, ao papel que, na interpretação da *lei* federal, deve desempenhar o Superior Tribunal de Justiça. A lição, que tem o apoio deste *Curso*, conduz ao abandono da diretriz consagrada na referida Súmula 343 do STF e à busca de maior uniformidade na interpretação do direito federal, mesmo que infraconstitucional, em todo território nacional.

## 6.6.Prova falsa

O inciso VI do art. 485 traz como fundamento da “ação rescisória” a circunstância de a decisão rescindenda basear-se em “prova falsa”. É fundamental para a hipótese que a prova falsa seja o sustentáculo da decisão e que, sem ela, a decisão teria outro conteúdo. A exemplo do que se dá para a primeira parte do inciso III do art. 485, deve haver relação de causa e efeito entre a prova falsa e o conteúdo da decisão que se pretende rescindir. Se a prova não for *fundamento suficiente e bastante* da decisão, não cabe a rescisória.

Para que a prova falsa embase a rescisória, é mister que sua falsidade seja apurada em processo criminal ou ao longo do procedimento da própria rescisória (v. n. 10.2, *infra*), como já teve oportunidade de reconhecer, corretamente, a 3ª Turma do STJ no REsp 885.352/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 7.4.2011, DJe 14.4.2011 e, anteriormente, a 1ª Turma no REsp 471.732/MA, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.3.2004, DJ 19.4.2004, p. 154.

Não há, no entanto, necessidade do desfecho da persecução criminal para o ajuizamento da rescisória. A exemplo do que ocorre na hipótese do inciso I do art. 485, as esferas cível e criminal são independentes. Tanto assim que a doutrina também admite, não obstante o silêncio do dispositivo, que a apuração da falsidade se dê também na esfera cível *fora* da rescisória. Assim, eventual “ação declaratória” ajuizada para tal fim nos termos do inciso II do art. 4º (v. n. 8.5.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) ou o acolhimento do “incidente de falsidade” a que se refere o art. 390 (v. n. 4 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

É indiferente, para fins de rescisão, que a falsidade detectada na prova seja *material* ou *ideológica* (v. n. 4.1 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I). É a razão pela qual colhe-se, da jurisprudência do STJ, o entendimento que equipara, “à prova falsa” referida no inciso em comento, “o laudo técnico incorreto, incompleto ou inadequado que tenha servido de base para a decisão rescindenda”, sendo certo que “a falsidade da prova pode ser atribuída tanto à perícia grafotécnica (falsidade ideológica) como às duas notas promissórias (falsidade documental), sendo possível perquirir a ocorrência da prova falsa, sem adentrar na intenção de quem a produziu, quer inserindo declaração não verdadeira em documento público ou particular (falsidade ideológica), quer forjando no todo ou em parte,

documento particular (falsidade material)”. Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, AR 1.291/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 23.4.2008, DJe 2.6.2008; e STJ, 3ª Turma, REsp 331.550/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 26.2.2002, DJ 25.3.2002, p. 278.

## 6.7.Documento novo

Por “documento” deve ser entendido todo o substrato material, físico ou virtual, que tenha força probante. É correto entender a palavra amplamente como verdadeiro sinônimo de *prova* ou, mais precisamente, como meio de prova.

O “documento *novo*” que justifica a rescisória com base no inciso VII do art. 485 é o obtido “depois da *sentença*” que se pretende rescindir, que era ignorado ao tempo do curso do processo em que ela foi proferida ou, ainda, que não pôde ser usado oportunamente por qualquer motivo. É o que se dá, por exemplo, com o exame de DNA realizado após o proferimento de acórdão que confirma sentença que acolhera pedido de investigação de paternidade. Nesse sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 653.942/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j.un. 15.9.2009, DJe 28.9.2009; e STJ, 2ª Seção, REsp 300.084/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 28.4.2004, DJ 6.9.2004, p. 161.

Mas não só. É correto entender a expressão “depois da sentença” amplamente, como o término do momento procedimental apropriado para a produção da prova documental. Importante salientar, a propósito, que mesmo em grau de apelação é possível a produção de prova documental, desde que presentes os pressupostos dos arts. 397 e 517 (v. n. 3.1 do Capítulo 6 da Parte I), como, para fins de admissibilidade da “ação rescisória” aqui examinada, teve oportunidade de decidir a 3ª Turma do STJ no REsp 255.077/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 16.3.2004, DJ 3.5.2004, p. 146.

O art. 485, VII, exige, outrossim, que a caracterização do documento como *novo* depende da ignorância da parte sobre sua existência (STJ, 3ª Seção, AR 3.444/PB, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 8.8.2007, DJ 27.8.2007, p. 187), sendo pertinente a mitigação da exigência diante das peculiaridades do caso concreto e, sobretudo, da hipossuficiência da parte (STJ, 3ª Seção, AR 3.921/SP, rel. Min. Sebastião Reis Junior, j.un.

24.4.2013, DJe 7.5.2013; e STJ, 3ª Seção, AR 800/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 23.4.2008, DJe 6.8.2008). Não pode a parte, simplesmente, deixar de produzir a prova documental em juízo e, diante do resultado desfavorável do processo, dela valer-se para a rescisória.

O inciso VII, a exemplo dos incisos II e VI, todos do art. 485, exige também o “nexo causal” entre o conteúdo do documento e o do desfecho da rescisória. O documento *novo* deve ter aptidão de assegurar, por si só, resultado favorável àquele que pretende fazer uso dele (STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 569.546/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j.un. 24.8.2004, DJ 11.10.2004, p. 318). Por “pronunciamento favorável” deve ser entendida a obtenção de um resultado *mais* benéfico ao autor da rescisória do que o que deriva da decisão rescindenda. Não se trata, assim, necessariamente, do acolhimento *total* do pedido feito na rescisória. A petição inicial da rescisória deverá descrever, conseqüentemente, a aptidão de o documento novo gerar resultado mais favorável ao autor do que o que provém da decisão rescindenda (STJ, 3ª Turma, REsp 1.293.837/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 2.4.2013, DJe 6.5.2013; e STJ, 1ª Turma, REsp 906.740/MT, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.9.2007, DJ 11.10.2007, p. 314).

## **6.8.Invalidação de confissão, desistência ou transação**

De acordo com o inciso VIII do art. 485 a rescisória também é cabível quando houver “fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”.

A confissão, como meio de prova (art. 348; v. Capítulo 3 da Parte IV do vol. 2, tomo I), é causa de rescindibilidade da sentença independentemente da nulidade ou da anulabilidade que ela porta, isto é, para fins da rescisória estribada no art. 485, VIII, é indiferente o vício que macula a confissão, ao contrário do que se verifica na hipótese do art. 352, II, que só admite a invalidação da confissão quando ela resultar de erro, dolo ou coação. A este respeito, impende destacar que a invalidação da confissão por *dolo* foi revogada com o advento do art. 214 do Código Civil de 2002. De qualquer sorte, tanto no caso do art. 352 (e na ocorrência dos fundamentos lá listados, com a observação do art. 214 do CC) como no caso do art. 485, VIII, o

veículo processual adequado para expungir o vício ocorrido na decisão que a confirme, e que já tenha transitado em julgado, é a rescisória. Antes do trânsito em julgado, a hipótese reclama “ação anulatória”, nos moldes do art. 486 (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III).

De outro lado, é imprescindível que o fundamento central da decisão rescindenda seja a confissão, isto é, a admissão, pela parte, de um fato contrário a seu interesse e favorável ao adversário. Se na decisão que se busca rescindir houver outros elementos de prova bastantes para a manutenção do julgado, é descabida a rescisória por esse fundamento.

Mas não só a *confissão* como meio de prova enseja a rescisória. Dada a origem do dispositivo e levando em conta que é pressuposto da ação rescisória o trânsito em julgado da decisão, é imperioso que por “confissão” entenda-se *também* o reconhecimento da procedência do pedido que enseja o proferimento de decisão de mérito nos moldes do art. 269, II (v. n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Assim, onde se lê “fundamento para invalidar confissão”, deve-se ler também “fundamento para invalidar confissão ou reconhecimento jurídico do pedido”.

Não há maiores discussões quanto ao entendimento de que a segunda figura referida no art. 485, VIII, a *desistência*, foi indicada erroneamente pelo legislador. Isso porque a desistência dá azo à extinção do processo *sem* resolução de mérito (art. 267, VIII; v. n. 3.1.6 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I), inviável, por isso, sua desconstituição por “ação rescisória”. É correta, por isso mesmo, a compreensão, predominante em doutrina, no sentido de que no lugar de “desistência” deve ser lido “renúncia ao direito sobre que se funda a ação”, fundamento do julgamento de mérito a que faz referência expressa o inciso V do art. 269 (v. n. 3.2.5 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

A terceira hipótese prevista no art. 485, VIII, a transação, dá ensejo ao proferimento de sentença de mérito com base no art. 269, III (v. n. 3.2.3 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Não obstante a atividade judicial, diante de transação, limitar-se, no mais das vezes, à sua *homologação*, a hipótese não se confunde com a do art. 486. No caso da “ação rescisória”, a pretensão desconstitutiva volta-se à coisa julgada e, conseqüentemente, à própria decisão jurisdicional. Não ao ato praticado pelas partes e *meramente* homologado pelo magistrado.

Para discernir uma da outra hipótese, sem prejuízo das considerações expostas pelo n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte III, é fundamental a identificação do ato que se quer impugnar. Se se voltar, apenas e tão somente, à atividade das partes, o pedido de tutela jurisdicional é o de anulação com base no art. 486; caso contrário, a hipótese é de “ação rescisória”, que pressupõe, invariavelmente, trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir.

Em todos os casos regulados pelo art. 485, VIII, a procedência da rescisória acarretará não só a desconstituição da coisa julgada e da decisão sobre a qual ela recai, mas, também, e como decorrência lógica e necessária, a desconstituição da confissão, do reconhecimento jurídico do pedido, da renúncia ou da transação.

## **6.9. Erro de fato**

O inciso IX do art. 485 refere-se à ocorrência de “erro de fato” como fundamento bastante para rescisão da decisão de mérito. Essa hipótese deve ser entendida em conjunto com os dois parágrafos do mesmo dispositivo. De acordo com o § 1º, “há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”. O § 2º, de seu turno, prescreve que “é indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

O erro de fato não autoriza a rescisão da decisão de mérito e o proferimento de uma nova decisão por má avaliação da prova ou da matéria controvertida (STJ, 3ª Turma, REsp 225.309/SP, rel. p./acórdão Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 6.12.2005, DJ 22.5.2006, p. 190). Não se trata da possibilidade de ser realizado um novo julgamento, que pudesse fazer as vezes de um verdadeiro recurso de apelação. Muito diferentemente, o erro de fato que autoriza a rescisão do julgado anterior é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato cuja existência nos autos é inconteste. Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o teor da decisão que se pretende rescindir, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento (STJ, 3ª Seção, AR 706/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 24.5.2000, DJ 19.6.2000, p. 102) ou, inversamente, quando a decisão, tal qual proferida, levou em consideração elemento que não consta dos autos. Em qualquer situação, contudo, não pode ter havido

controvérsia nem pronunciamento judicial a seu respeito (STJ, 2ª Seção, AR 1.421/PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. m. v. 26.5.2010, DJe 8.10.2010).

Não diverge a doutrina na indicação dos pressupostos que devem estar presentes para fundamentar o pedido de rescisão com base no inciso IX do art. 485. Seguindo os passos de José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 149-150), eles são os seguintes: (a) o “erro” deve ser o fundamento *suficiente e bastante* da decisão que se quer ver rescindida porque sem ele a decisão seria diversa (STJ, 3ª Seção, AR 3.233/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 23.4.2008, DJe 6.8.2008); (b) a apuração do “erro” deve prescindir de qualquer atividade probatória complementar, inclusive na “ação rescisória”, ele deve ser detectado *primu icto oculi* a partir do exame dos *autos* em que proferida a decisão que se pretende rescindir; (c) não pode ter havido qualquer controvérsia entre as partes ou com o julgador a respeito do que se entende pelo “erro”; (d) não pode, por fim, ter havido pronunciamento judicial acerca do “erro”. É esta, também, a segura diretriz da jurisprudência: STJ, 1ª Turma, REsp 839.499/MT, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 28.8.2007, DJ 20.9.2007, p. 234.

Não se trata, vale a ênfase, de caso de rejuízo porque mal apreciada a prova que embasa a decisão que se pretende rescindir (STJ, 2ª Seção, AR 1.470/SP, rel. Min. Castro Filho, j.un. 10.5.2006, DJ 14.12.2006, p. 245; STJ, 4ª Turma, REsp 136.254/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j.un. 3.2.2005, DJ 9.5.2005, p. 407; STJ, 3ª Seção, AR 972/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 25.10.2000, DJ 19.2.2001, p. 131; STJ, 4ª Turma, REsp 147.796/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.un. 25.5.1999, DJ 28.6.1999, p. 117). Trata-se, diferentemente, de rejuízo calcado na circunstância de que dado indispensável para o deslinde da causa não foi *adequadamente* atentado quando do proferimento da decisão e, ao que tudo indica, que esse dado tem aptidão, por si só, de alterar a decisão. O material carregado aos autos até o trânsito em julgado da decisão rescindenda deve ser *suficiente* para a identificação do “erro de fato” (STJ, 3ª Seção, AR 2.180/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 12.12.2007, DJ 1º.2.2008, p. 1). Tanto assim que a rescisória embasada exclusivamente nesse fundamento não enseja qualquer instrução processual, nos termos do art. 492 (v. n. 10.2, *infra*).

A correção de eventuais “erros *materiais*” não dá ensejo à rescisão do julgado. Sua correção pode verificar-se a qualquer tempo ou mediante provocação específica no curso do processo, inclusive com o uso dos embargos declaratórios (v. n. 4 do Capítulo 8 da Parte I e o n. 8 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

## **6.10.Desproporção de indenização em ações desapropriatórias**

O parágrafo único do art. 4º da Medida Provisória n. 1.577, de 10.7.1997 – repetido até a Medida Provisória n. 1.632-11, de 9.4.1998 –, criou uma nova hipótese de cabimento da ação rescisória. Segundo o dispositivo, “além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando da indenização fixada em ação de desapropriação, em ação ordinária de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, e também em ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial”.

Essa nova hipótese de rescindibilidade foi impugnada por ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1.753/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence), que teve concedida a medida cautelar então requerida (DJ 12.6.1998, p. 51). O Plenário do Supremo Tribunal entendeu, à unanimidade, inconstitucional a inovação processual considerando a ausência dos requisitos constitucionalmente exigidos para edição de medida provisória (urgência e relevância), bem assim por violar o princípio da isonomia.

A partir da 12ª reedição da Medida Provisória, então com o número 1.658-12, de 5.5.1998, convertida na Medida Provisória n. 1.703, posteriormente n. 1.774, acrescentou-se um novo inciso X ao art. 485, mais amplo do que a anterior previsão, com a seguinte redação: “a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”. A partir de 11.2.1999, essa nova causa de rescindibilidade passou a ser objeto de regulação pela Medida Provisória n. 1.798, o que perdurou até a edição da Medida Provisória n. 1.798-5, de 2.6.1999, que não tratou

mais do tema. Em resposta a esta nítida burla à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.753/DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou nova ação direta de inconstitucionalidade contra esse dispositivo, ADI 1.910/DF, distribuída ao Ministro Sepúlveda Pertence. Por maioria, a medida cautelar foi deferida, em sessão plenária de 22.4.1999, publicada no DJ de 27.2.2004.

## **7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INICIAL**

A petição inicial da “ação rescisória” (v. n. 5, *supra*) passa, como qualquer outra, por exame relativo ao seu juízo de admissibilidade, aplicáveis, por isso mesmo, as considerações do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I.

O “juízo de admissibilidade *positivo*” conduz à determinação de citação do réu, assunto ao qual se volta o n. 9, *infra*.

O “juízo de admissibilidade *negativo*” gera ao autor o direito de apresentar recurso da decisão respectiva, objeto de exame pelo n. 7.2, *infra*.

O “juízo de admissibilidade *intermediário*”, por sua vez, é examinado pelo número seguinte.

### **7.1. Incidência do art. 284**

Antes do indeferimento da petição inicial nada existe que obste o relator da rescisória de determinar sua emenda no prazo de dez dias, aplicando-se à espécie o art. 284. Mormente nos casos em que a irregularidade imputada à inicial é a ausência de um *ônus financeiro*, como a descrita no inciso II do art. 488 (v. n. 5.2, *supra*). Assim, embora haja decisões em sentido contrário (v.g.: STJ, 3ª Turma, REsp 1.286.262/ES, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 18.12.2012, DJe 4.2.2013), tudo recomenda que, sempre que o defeito identificado na petição inicial seja sanável, seja dada oportunidade para o autor fazê-lo. Só depois de transcorrido o prazo de dez dias previsto no art. 284, com as observações constantes do n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, e silente o autor, é que o indeferimento da petição inicial se justifica plenamente.

Trata-se, pertinente o destaque, da mesma diretriz que acabou sendo positivada, pela Lei n. 11.276/2006, para os recursos no § 4º do art. 515. Mais que desejáveis, porque afinadíssimas ao *sistema processual civil*, a leitura e a aplicação amplas daquele dispositivo com fins de saneamento da atividade no plano do processo, inclusive no âmbito da “ação rescisória”.

## 7.2. Recurso do indeferimento da inicial

O art. 490 trata das hipóteses de indeferimento da petição inicial da rescisória. Faz expressa remissão aos casos do art. 295 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I) e à falta de comprovação do recolhimento da multa de 5% sobre o valor da causa, de que trata o inciso II do art. 488 (v. n. 5.2, *supra*).

Não se aplica à hipótese de rejeição da inicial por ato monocrático do relator a sistemática do recurso de apelação do art. 296 (v. n. 7.1 do Capítulo 6 da Parte I). O caso é de “agravo *interno*”, expressamente previsto, para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, no art. 39 da Lei n. 8.038/1990, e decorre, para os demais Tribunais, do art. 557, § 1º-A (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I). Como é bastante frequente a previsão do recurso para estes casos nos Regimentos Internos dos Tribunais ele é, em geral, denominado “agravo *regimental*”, dando azo às anotações críticas feitas pelo n. 5.3 do Capítulo 7 da Parte I.

O “agravo *interno*” caracteriza-se pela possibilidade de retratação do prolator da decisão recorrida e, no caso de sua manutenção, por sua reapreciação pelo órgão colegiado competente para o exame da rescisória. Somente da apreciação do indeferimento da inicial pelo colegiado é que caberão recurso extraordinário e recurso especial, conforme se façam presentes os seus pressupostos específicos (v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11 da Parte I).

## 8. TUTELA DE URGÊNCIA

O art. 489, na redação que lhe deu a Lei n. 11.280/2006, evidencia a *regra* de que a mera propositura da “ação rescisória” não tem o condão de suspender o cumprimento da decisão rescindenda. Por “cumprimento da decisão rescindenda” deve ser entendida a produção dos regulares efeitos da

decisão, independentemente do critério que se empregue para classificá-los. O objetivo do art. 489 é negar que a mera propositura da rescisória interfira, em alguma medida, na eficácia da decisão contra a qual se volta aquela investida jurisdicional. A eficácia da decisão permanece íntegra, a não ser que a hipótese reclame prestação da tutela jurisdicional de urgência.

Antes do advento da Lei n. 11.280/2006 e da nova redação que deu ao art. 489, a letra do dispositivo era extremamente rígida, dela não constando a ressalva que é, hoje, expressamente, feita. É lê-lo: “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda”. Mesmo assim, atenuando a *rigidez* da *letra* da lei, a doutrina e, em menor escala, a jurisprudência – a Súmula 234 do extinto TFR, por exemplo, repetia a vedação legal –, gradativamente, passaram a entender possível o emprego de “ações cautelares” preparatórias ou incidentais à rescisória para obstar os efeitos do julgado que se pretendia rescindir. Assim, desde que a produção dos efeitos da decisão rescindenda acarretasse, em alguma medida, uma situação de urgência (*periculum in mora*) e desde que as alegações da rescisória fossem plausíveis (*fumus boni iuris*), entendia-se possível a *suspensão* dos efeitos da decisão rescindenda pelo exercício do chamado “dever-poder geral de cautela” (v. n. 6.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Com a introdução do instituto da antecipação da tutela no art. 273, o que se deu com a Lei n. 8.952/1994, ocorreu sensível transformação na forma como a questão era enfrentada pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência. Foram abandonadas as dificuldades e as dúvidas relativas à possibilidade de *flexibilização* do texto do art. 489, admitindo-se a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda em casos justificáveis.

O que passou a ser objeto de discussão, desde então, foi o *mecanismo processual* mais adequado para efetivar a suspensão do cumprimento da decisão rescindenda e, nessa medida, evitar danos ao autor da ação rescisória antes de seu julgamento final, se ela era devida pelo exercício do “poder geral de cautela” ou do “dever-poder geral de antecipação” (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). A discussão é bem ilustrada pelos seguintes julgados, tendentes a admitir a antecipação dos efeitos do pedido rescisório diante dos pressupostos do art. 273: STJ, 4ª Turma, REsp 356.402/PB, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un. 15.8.2006, DJ 11.9.2006, p. 285; STJ, 2ª Seção, AgRg na MC 9.155/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un.

14.2.2005, DJ 14.3.2005, p. 190; STJ, 1ª Seção, AgRAR 1.291/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 25.8.2004, DJ 27.9.2004, p. 174; STJ, 1ª Seção, AgRAR 2.870/PI, rel. Min. Castro Meira, j.un. 9.6.2004, DJ 16.8.2004, p. 121; STJ, 1ª Turma, AgREsp 173.985/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 4.3.2004, DJ 17.5.2004, p. 108; STJ, 3ª Seção, AgRg na AR 2.995/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 10.3.2004, DJ 19.4.2004, p. 151.

Havia, de qualquer sorte, dois dados de *direito positivo* que não podiam ser desconsiderados para o correto enfrentamento da questão.

O primeiro deles dizia respeito, especificamente, às rescisórias movidas em face do INSS. De acordo com o parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências, incluído pela Lei n. 9.032/1995: “Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisória e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado”. Para tais hipóteses, já não havia como duvidar da *derrogação* do art. 489.

O segundo dado de direito positivo era genérico o suficiente para embasar o entendimento da *revogação* do dispositivo codificado mesmo antes do advento da Lei n. 11.280/2006. De acordo com o art. 15 da Medida Provisória n. 2.180-35/2001: “Aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil”.

Aquele dispositivo substituiu o anterior art. 4º-A da Lei n. 8.437/1992, incluído por edições anteriores da *mesma* Medida Provisória (1.798, 1.984, 1.906 e 2.102) e com origem mais remota em outra série de Medidas Provisórias (1.577 e 1.632), que teve, por unanimidade, sua eficácia suspensa na cautelar concedida na ADI 2.251/DF, rel. Min. Sydney Sanches, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a patente inconstitucionalidade *formal* do art. 15 da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que podia *e devia* ser reconhecida, motivadamente, em cada caso concreto que se cogitasse de sua aplicação – o STF já tinha decidido que norma processual não podia ser criada por medida provisória mesmo antes do advento da EC n. 32/2001, que, expressamente, vedou a iniciativa –, não havia como deixar de perceber que o dispositivo *revogava* o art. 489 na exata medida em que admitia a suspensão da execução da decisão rescindenda pelo exercício do “poder

geral de cautela”. Não é demais lembrar, ainda, que *todas* as medidas provisórias pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional quando da promulgação da referida EC n. 32/2001 haviam sido mantidas vigentes e eficazes até ulterior deliberação legislativa por força de seu art. 2º.

Nesse sentido, o dispositivo acabava por incorporar ao direito positivo a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, não obstante a rigidez literal do art. 489, ele deveria ceder espaço à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, em especial, por força do “princípio da efetividade do processo” (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). E mais: que o mecanismo processual adequado, para tanto, era a “ação cautelar inominada” do art. 798.

O fato é que as duas regras jurídicas acima mencionadas não foram aplicadas como deveriam ter sido na prática do foro. O que se viu foi a manutenção e o desenvolvimento da questão que, desde 1994, havia sido trazida para discussão: que o rigor do art. 489, na sua redação original, devia ser sistematicamente flexibilizado, não havia mais nenhuma dúvida. Mas que medida processual deveria ser usada para suspender os efeitos da decisão rescindenda? O caso era de “tutela cautelar” ou de “tutela antecipada” (v. ns. 8.1 e 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1)?

## **8.1.O art. 489 depois da Lei n. 11.280/2006**

Com o advento da Lei n. 11.280/2006, as questões que concluem o número anterior já não têm razão de ser. A atual redação dada ao art. 489 por aquele diploma legislativo, embora não seja expresso no ponto, acabou por revogar o precitado art. 15 da Medida Provisória n. 2.180-35/2001 nos precisos termos do art. 2º, § 1º, da LICC, que, com a Lei n. 12.376/2010, passou a ser chamada de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”. Resolveu-se, para todos os fins, a questão relativa à inconstitucionalidade *formal* daquele dispositivo, preservando o que lhe era essencial e importante: seu *conteúdo*.

Mesmo que haja espaço para sustentar a sobrevivência do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.212/1991, norma específica (art. 2º, § 2º, da LINDB), não há como negar que a nova redação dada ao art. 489 é mais ampla do que aquela, tendo tudo, portanto, para ocupar o seu espaço de incidência.

O que o art. 489, na sua atual redação, está a dizer é que o cumprimento da decisão rescindenda poderá ser impedido naqueles casos em que medidas de “natureza cautelar” ou “antecipatórias de tutela” forem usadas para tal finalidade, de acordo com seus respectivos pressupostos. Assim, preserve-se a diretriz originária do art. 489 (não basta o ajuizamento da rescisória para impedir a eficácia da decisão rescindenda), mas é possível, no âmbito da própria rescisória, que se suspenda a produção dos seus efeitos, desde que se façam presentes os pressupostos da “tutela cautelar” ou da “tutela antecipada”.

A circunstância de a atual redação do art. 489 não especificar qual é o mecanismo adequado para obtenção da suspensão dos efeitos da decisão rescindenda é digna de destaque, uma vez que permite ao próprio autor da rescisória, desde a petição inicial, a formulação do pedido que melhor proteja a afirmação de seu direito independentemente de modelos preconcebidos, em abstrato, pelo legislador.

A questão noticiada pelo número anterior, destarte, resolver-se-á de acordo com a aplicação das regras relativas à “tutela cautelar” ou à “tutela antecipada”, observando-se, em cada circunstância, qual é a medida que reúne condições mais eficazes de proteger o direito do autor da ação rescisória. Se a ênfase do pedido de “tutela de urgência” (v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) estiver no mero asseguramento de seu direito, o Livro III do Código de Processo Civil deve ser utilizado como referência. Naqueles casos em que a ênfase da “tutela de urgência” recair sobre a fruição antecipada do direito que se pretende obter com a procedência da rescisória, o referencial seguro é o do art. 273. Justamente por isso é que, em tais casos, não há por que restringir a suspensão da eficácia da decisão rescindenda às situações de *periculum in mora* (art. 273, I) alegados e comprovados pelo autor ao lado da “verossimilhança da alegação”. Também quando se estiver diante de “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II) ou de “pedidos parcial ou totalmente incontroversos” (art. 273, § 6º), a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não pode ser negada.

Fato é que, para flexibilizar eventuais dúvidas quanto à *forma* de “tutela preventiva” e, mais especificamente, de “tutela de urgência” a ser pedida ao Estado-juiz para que se suspenda o cumprimento da decisão rescindenda, é

fundamental aplicar a diretriz do § 7º do art. 273. Enquanto a doutrina e a jurisprudência não fixarem com maior consenso a linha divisória entre as tutelas “cautelares” e “antecipadas”, não há como recusar aplicação ampla e generosa do princípio extraível daquele dispositivo de lei (v. n. 5.2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Mais ainda quando a nova redação do art. 489 faz referência *indistinta* a uma e a outra via, como formas aptas de exercício de tutela jurisdicional preventiva ou, mais especificamente, de urgência, satisfazendo-se – e, no particular, nem poderia ser diferente – com a presença concreta de seus respectivos pressupostos.

É importante, destarte, que se dê ampla aplicação ao § 7º do art. 273, admitindo-se “tutela cautelar” por “tutela antecipada” e “tutela antecipada” por “tutela cautelar”, desde que presentes os pressupostos próprios, abrindo-se oportunidade ao autor para que proceda às emendas e às correções necessárias e pertinentes (interpretando-se amplamente o art. 284) para que o direito ameaçado que o autor narra (e demonstra suficientemente comprovado) seja tutelado adequada e eficazmente. Seja para enfatizar sua salvaguarda presente para fruição futura (“cautelares”), seja para admitir sua fruição imediata (“antecipadas”), a concessão de uma “tutela pela outra” pode mostrar-se como a única forma de proteger suficientemente um direito que se afirma e se comprova, mesmo que antecipada ou provisoriamente (v. ns. 8.2 e 8.3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

O que cabe ao autor da rescisória, para a plena aplicação do art. 273, § 7º, é demonstrar a plausibilidade de acolhimento de sua pretensão rescisória (*judicium rescindens* e *judicium rescissorium*, se for o caso) e a *ameaça* concreta de dano que sofrerá caso não seja tomada nenhuma providência com urgência.

## **8.2. Competência para apreciação do pedido de tutela de urgência**

O pedido relativo à suspensão do cumprimento da decisão rescindenda, seja ele rotulado de “cautelares” ou “antecipatório”, deverá ser formulado ao *relator* da rescisória. Justamente porque, no mais das vezes, trata-se de pedido de cunho urgente (arts. 798 e 273, I; v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), o relator tem competência para decidir a seu respeito monocraticamente. Nos casos em que, por qualquer razão, não haja tempo

hábil para a distribuição da rescisória a um relator, será o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal que terá competência para apreciar o requerimento, observando-se o que dispõe, a respeito, o regimento interno do Tribunal competente. Esta é matéria a ser tratada exaustivamente por estes atos infralegais (v. n. 11.1, *infra*).

Por força do *sistema processual civil*, a decisão do relator (ou de quem lhe faça as vezes, conforme o caso) poderá ser contrastada perante o órgão colegiado respectivo por “agravo *interno*” (v. n. 7.2, *supra*).

Não há como negar, contudo, que pedido similar seja *também* formulado diretamente ao juízo da causa, em que se processa a execução e que sua decisão seja contrastada pelo recurso de agravo de instrumento. Aplicam-se, também aqui, as considerações expostas pelo n. 3.2 do Capítulo 5 da Parte I, de que os chamados “dever-poder geral de cautela” e “dever-poder geral de antecipação” são ínsitos à função jurisdicional, inconcebível, portanto, que o reconhecimento da competência de um órgão jurisdicional para seu exercício obste a que outro o exerça diante da presença de seus respectivos pressupostos. A questão, polêmica, foi enfrentada pela 1ª Seção do STJ (REsp 900.888/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 12.3.2008, DJ 31.3.2008, p. 1), que admitiu, embora improvando o recurso, que o juízo da execução a suspenda com base no art. 791, II, fundado em seu “poder geral de cautela”.

## 9. CITAÇÃO E DEFESA DO RÉU

Distribuído o processo para o relator, com observância das normas internas do Tribunal competente e recebida a petição inicial (com ou sem as emendas do art. 284; v. n. 7.1, *supra*), será determinada a *citação* do réu nos termos do art. 491.

Ao contrário do que usualmente ocorre, o prazo de contestação da rescisória não é fixo. O art. 491 limita-se a fixar um prazo *mínimo* de quinze dias e um prazo *máximo* de trinta dias. Caberá ao relator, sopesando as circunstâncias de cada caso concreto, determinar o prazo em que o réu deverá apresentar a sua defesa, fazendo constar do mandado respectivo a sua decisão a respeito.

Considerando que compete ao relator dosar o prazo de defesa consoante as necessidades do caso concreto, deve ser descartada a incidência dos arts. 188 ou 191 na espécie.

Não há qualquer obstáculo sistemático ou procedimental para que a defesa do réu deixe de ser entendida nos termos do art. 297 (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). Poderá ele apresentar, portanto, contestação, exceções de impedimento ou suspeição (as de *incompetência* devem ser afastadas dado o caráter da competência dos Tribunais, sempre *absoluta*) e, se for o caso, reconvenção. A reconvenção exige o preenchimento de seus pressupostos específicos (v. n. 4.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I), a pressuposição de que o réu da rescisória tenha sofrido alguma desvantagem com o proferimento da decisão que se quer rescindir (“sucumbência recíproca”), além da demonstração da ocorrência de pelo menos um dos fundamentos do art. 485 (v. n. 6, *supra*). É possível que o réu se volte contra o autor no mesmo processo, destarte, cumulando sucessivamente ao pedido que é formulado em seu desfavor outro *pedido de tutela jurisdicional*, de cunho rescisório, a assumir feição *reconvencional*.

## 10. PROCEDIMENTO

Findo o prazo para resposta, o art. 491 impõe que o processo observe o procedimento *ordinário* fazendo expressa remissão aos Capítulos IV e V do Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil, que correspondem, respectivamente, às “providências preliminares” (arts. 323 a 328; v. Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo I) e ao “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329 a 331; v. Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I). É correto o entendimento, portanto, de que o procedimento da rescisória, após a citação do réu, será sempre o *ordinário*, independentemente do procedimento observado pelo processo que ensejou o proferimento da decisão de mérito que se pretende rescindir.

A depender do teor da(s) resposta(s) oferecida(s) pelo réu, deverá o relator ouvir o autor em réplica (arts. 323, 325, 326 ou 327); se o réu não apresentar contestação, será ele considerado revel e, consoante o direito posto em causa (não no que diz às próprias razões invocadas para a rescisão da decisão), poderá ser presumida a veracidade de algum fato narrado na petição inicial, ouvindo-se o autor a respeito das provas que ele ainda pretende produzir (art. 324).

Ouvido o autor, o relator “proferirá julgamento conforme o estado do processo”, é dizer: desde que se convença da suficiência do material

probatório trazido pelas partes com a petição inicial e com a contestação (“fase postulatória”), julgará a demanda nos termos do art. 330. Caso contrário, abrirá a instrução, observando o disposto no art. 492 (v. n. 10.1, *infra*).

Em qualquer hipótese, porém, o julgamento da rescisória deverá ser plural. É correto ao relator indeferir a inicial proferindo, na oportunidade, julgamento meritório monocraticamente, à luz do art. 295, V, ou do art. 285-A (v. ns. 3 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, respectivamente). Se não o fez, a delibação acerca da rescisória e seu julgamento só poderão ser realizados pelo órgão colegiado competente. Não existe, para a rescisória, qualquer regra que autoriza, após o recebimento da inicial, a atuação monocrática do relator, a exemplo do que se dá nos casos do art. 557, *caput*, e § 1º-A (v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I).

## 10.1. Audiência preliminar

Na hipótese de o pedido não comportar julgamento antecipado (art. 330), impõe-se a colheita das provas que se fizerem necessárias para a formação da convicção dos magistrados que julgarão a rescisória. Não há, contudo, como admitir a realização da audiência preliminar prevista no art. 331, *caput*. Menos pela remissão expressamente feita pelo art. 491 e, muito mais, pela *indisponibilidade* dos direitos envolvidos no julgamento da ação rescisória. Inviável admitir que as partes pudessem transigir acerca da desconstituição de coisa julgada que recai sobre decisão de mérito e, de qualquer modo, acerca de eventual *judicium rescindens*, que pressupõe a prévia desconstituição do julgado. Todas as normas que disciplinam a ação rescisória são, inegavelmente, de *ordem pública*, pelo que, sistematicamente, torna-se desnecessária a realização daquela audiência.

O fato de a audiência preliminar não ter sentido na espécie não afasta, no entanto, o dever de o relator fixar os pontos controvertidos da controvérsia, no instante de saneamento do processo (art. 331, § 2º), até como forma de delimitar o objeto de prova e da *delegação* de atividades jurisdicionais de que trata o art. 492. Essa sua decisão, no entanto, não será proferida em audiência, inconcebível nas causas de competência originária dos Tribunais, aplicável à espécie a diretriz constante do art. 331, § 3º (v. n. 4.1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I). O art. 261, *caput*, do RISTF bem

se amolda à hipótese, *verbis*: “Contestada a ação, ou transcorrido o prazo, o relator proferirá despacho saneador e deliberará sobre as provas requeridas”. É no mesmo sentido o art. 235 do RISTJ: “Contestada a ação, ou transcorrido o prazo, o relator fará o saneamento do processo, deliberando sobre as provas requeridas”.

De todas as decisões interlocutórias proferidas pelo relator cabe “agravo interno”, observando-se o exposto pelo n. 7.2, *supra*, com as remissões lá feitas.

## 10.2. Instrução processual

Considerando que a rescisória é processo de competência originária dos Tribunais (v. n. 5, *supra*), o art. 492 prevê que a “fase instrutória” será desenvolvida perante o magistrado de primeira instância (estadual ou federal, conforme o caso, não obstante o dispositivo limitar-se a mencionar “juiz de direito da comarca”), fixando, para tanto, um prazo que pode variar entre quarenta e cinco e noventa dias.

A competência do juízo de primeira instância é determinada pelo local em que a prova deve ser produzida. Não se trata, necessariamente, do juízo que proferiu a decisão rescindenda ou em que teve curso o processo em primeira instância (até porque esta circunstância pode não ter ocorrido, como, *v.g.*, se dá com mandados de segurança impetrados originariamente nos tribunais). A competência é *funcional* e, portanto, *absoluta* (art. 111; v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I).

Em se tratando de “processo físico”, os autos da rescisória serão enviados ao juízo competente da primeira instância, desnecessária a extração de quaisquer cópias. Com a colheita da prova determinada, os autos são devolvidos ao Tribunal.

Embora silente o art. 492, o prazo pode ser renovado se o juízo da instrução assim o requerer expressa e motivadamente ao relator, o que não repugna a regra do art. 187. A não se admitir essa possibilidade, a “fase instrutória” da rescisória restaria incompleta, comprometendo-se, inclusive, seu correto julgamento.

## 11. JULGAMENTO

Finda a “fase instrutória” (art. 492) ou quando ela for desnecessária, será determinada a oitiva do autor e do réu, sucessivamente, pelo prazo de dez dias, quando terão oportunidade de apresentar suas alegações finais (v. n. 4 do Capítulo 9 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

O art. 191 tem, aqui, plena aplicação, quando presentes seus pressupostos.

Embora o art. 493 dê a impressão de que as “razões finais” são colhidas e apresentadas em primeira instância, quando há dilação probatória, não é esta a melhor interpretação. A expressão “os autos subirão ao relator” não deve ser entendida como remessa dos autos ao tribunal competente para julgamento da rescisória, quando eles são enviados à primeira instância para o desenvolvimento da “fase instrutória”, mas, apenas e tão somente, de remessa dos autos, que já estão no Tribunal, ao relator para elaboração de relatório e voto.

O silêncio do art. 493 não desautoriza, outrossim, o entendimento de que, após a oitiva das partes para a apresentação de suas “razões finais”, os autos devem ser encaminhados para o Ministério Público, que atuará na qualidade de fiscal da lei, dado o patente interesse público subjacente a qualquer “ação rescisória” (STJ, 5ª Turma, REsp 244.375/PB, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.un. 4.6.2002, DJ 1º.7.2002, p. 370 e STJ, 5ª Turma, REsp 98.487/CE, rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 1º.12.1998, DJ 1º.2.1999, p. 222). O art. 262 do RISTF e o art. 237, *caput*, do RISTJ ocupam-se, expressa e corretamente, da hipótese.

## **11.1. Papel dos regimentos internos dos Tribunais**

Os dois incisos do art. 493 autorizam que os regimentos internos dos Tribunais disponham, sempre em obediência às leis de processo, acerca do julgamento da rescisória. Assim, por exemplo, a definição do órgão competente e outros aspectos *administrativos* ou *burocráticos* que se fizerem necessários para o julgamento do pedido.

É neste sentido a vedação de que a rescisória seja distribuída a julgador que foi relator do acórdão rescindendo, expressamente prevista pelo art. 238 do RISTJ, embora, de acordo com a Súmula 252 do STF: “Na ação

rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”.

Também é o caso da previsão da oitiva do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, após a apresentação das razões finais pelas partes, como apontado pelo n. 11, *supra*.

O que os Regimentos Internos dos Tribunais *não podem* disciplinar é o *procedimento* da “ação rescisória” (art. 96, I, “a”, da Constituição Federal; v. n. 1.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). Não há autorização constitucional nesse sentido. Só o Legislativo da União Federal é que detém competência para *criar* normas processuais e, concorrentemente com os Estados, procedimentais (art. 22, I e 24, XI, da Constituição Federal, respectivamente; v. n. 6.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

As regras expressas do Código de Processo Civil com relação ao procedimento da “ação rescisória”, que não podem, conseqüentemente, ser afastadas pelos Regimentos Internos dos Tribunais, são a atuação do *revisor* (art. 551, *caput*; v. n. 4 do Capítulo 5 da Parte I) e que cópia do relatório será previamente distribuída a todos os integrantes do órgão competente para julgamento (art. 553). No mais, à falta de regras específicas, observar-se-ão, para a rescisória, as disposições constantes dos arts. 547 a 565 (v. n. Capítulo 5 da Parte I).

## **11.2. *Judicium rescindens e judicium rescissorium***

O art. 494 determina que o julgamento da “ação rescisória” seja dividido em dois momentos diversos. O primeiro, destinado à *desconstituição da coisa julgada (judicium rescindens)*, é sempre necessário. O segundo, o *novo* julgamento da causa (*judicium rescissorium*), eventual, isto é, quando for o caso (v. n. 5.1, *supra*). Embora silente o dispositivo de lei, o órgão julgador só passará à análise do *judicium rescindens* quando as “condições da ação” e os “pressupostos processuais” respectivos estiverem presentes (v. n. 2, *supra*).

Importa destacar que, antes do proferimento de novo julgamento (se a hipótese o comportar), o órgão julgador deverá, necessariamente, deliberar acerca da *prévia* desconstituição da coisa julgada, sem o que não se instaura o *judicium rescissorium*. Assim, é correto o entendimento de que *todos* os

componentes do órgão julgador, superada as questões relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, deverão votar, *primeiramente*, sobre o acolhimento do *judicium rescindens*, isto é, se o pedido de rescisão deve, ou não, ser acolhido, julgando-o *procedente* com a *consequente* desconstituição da coisa julgada. Superado esse momento e, se for o caso, inclusive no que diz respeito à existência de pedido nesse sentido, o órgão julgador deliberará acerca do *novo* julgamento, observando-se, na ocasião, os mesmos limites do julgamento anterior, que, originariamente, rendeu ensejo à decisão que se acabou de rescindir.

### 11.3. Destinação da multa

De acordo com o art. 494, quando *não admitida*, isto é, não *conhecida*, a rescisória ou quando o seu pedido for julgado improcedente – sempre por unanimidade de votos – o órgão julgador determinará a reversão da multa depositada pelo autor (art. 488, II; v. n. 5.2, *supra*) em benefício do réu. Sem prejuízo do levantamento da multa pelo réu, deverá o autor responder pelas verbas de sucumbência na forma do art. 20 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

O dispositivo evidencia, assim, a natureza *cominatória* da multa do inciso II do art. 488 na exata medida em que ela incide independentemente das usuais verbas de sucumbência devidas pelo vencido. A *improcedência* do pedido rescisório referida pelo art. 494 só pode dizer respeito ao *judicium rescindens*, isto é, à desconstituição da coisa julgada (v. n. 5.1, *supra*). É indiferente, para fins de levantamento da multa, o resultado do *judicium rescissorium*, ou seja, relativo ao rejuízo da causa (v. n. 5.1, *supra*).

Quando o pedido for julgado procedente, o réu é que deverá suportar os ônus da sucumbência, levantando, o próprio o autor, o depósito inicial que efetuou.

Questão interessante no que diz respeito às verbas de sucumbência, repousa na possibilidade de o juízo rescindendo ser positivo (a coisa julgada vir a ser desconstituída, portanto), mas o autor ser desfavorecido com o proferimento do juízo rescisório: o *novo* julgamento proferido pelo órgão julgado, isento dos vícios que ensejaram a rescisória, é contrário a seus interesses. Nesses casos, é correto o entendimento de que cada uma das

partes suporte, proporcionalmente, as custas processuais e os honorários de advogado (art. 21; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

## 12. RECURSOS CABÍVEIS

Do acórdão que julga a rescisória caberão, consoante o caso, embargos de declaração (art. 535; v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte I), embargos infringentes, se o pedido for julgado *procedente* com disparidade de votos (art. 530; v. n. 2.2 do Capítulo 9 da Parte I), recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição Federal; v. n. 3 do Capítulo 11 da Parte I) e recurso especial (art. 105, III, da Constituição Federal; v. n. 4 do Capítulo 11 da Parte I).

Os pressupostos de admissibilidade de cada um desses recursos não sofrem qualquer modificação diante da rescisória. O que importa, contudo, é constatar em que capítulo do julgamento há a sucumbência que autoriza a interposição do recurso: se na sua admissibilidade, se no *judicium rescindens* ou se no *judicium rescissorium* (v. ns. 5.1 e 11.2, *supra*). Também se o pedido rescisório foi acolhido integral ou parcialmente e em que medida.

Assim, por exemplo, se o acolhimento do *judicium rescindens* for unânime e o do *judicium rescissorium*, por maioria, os embargos infringentes deverão limitar-se a este, sendo certo, como expõe o n. 2.2 do Capítulo 9 da Parte I, que do acórdão que, *por maioria de votos*, acolher o pedido relativo ao *judicium rescindens* também cabem os embargos infringentes. Sendo cabíveis os infringentes, o prazo para eventuais recurso especial e recurso extraordinário ficam sobrestados, nos termos do art. 498, *caput*, objeto de exame do n. 5 do Capítulo 9 da Parte I.

## 13. PRAZO

De acordo com o art. 495, é de dois anos o prazo para que seja formulado o pedido de rescisão do julgado transitado materialmente em julgado, isto é, para “ajuizar a ação rescisória”. Esse prazo flui, como regra, do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, excluindo-se da contagem, porque de prazo processual se trata (art. 184), o primeiro dia. Nesse sentido: STJ, CE, EREsp 341.655/PR, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m.v.

21.5.2008, DJe 4.8.2008; STJ, 3ª Seção, AR 1.761/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 13.8.2008, DJe 23.9.2008; e STJ, 5ª Turma, REsp 607.917/AL, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 11.9.2008, DJe 29.9.2008.

Há corrente doutrinária que sustenta que, para alguns casos excepcionais, assim, por exemplo, da descoberta de prova nova, de exame de DNA, de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal especialmente no controle concentrado e das situações em que a rescisória depende do reconhecimento penal de algum fato (incisos I e VI do art. 485), o prazo para ajuizamento da rescisória quando seu fundamento tomar como base estes fatos deveria ter fluência a partir de sua ocorrência, e não, como quer o art. 495, a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda (v. n. 3, *supra*). A solução é interessante, até como forma de evitar a necessidade da construção de uma doutrina voltada à “relativização da coisa julgada” e toda a insegurança por ela criada, tão criticada por alguns (v. n. 6, *supra*, e a remissão que faz), mas é amplamente minoritária e dependente, para seu acolhimento, de alteração legislativa.

### **13.1. Natureza do prazo**

Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à natureza jurídica do prazo do art. 495: trata-se de prazo *decadencial*, que diz respeito, portanto, à extinção do próprio direito de alguém pretender rescindir uma decisão trântita em julgado nos casos admitidos pelo Código de Processo Civil.

Tratando-se de prazo decadencial, ele não se suspende, não se interrompe e não se prorroga, diretriz consagrada pelo art. 207 do Código Civil (STJ, 1ª Seção, AgRg na AR 3.691/MG, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 27.6.2007, DJ 27.8.2007, p. 172). Assim, se o prazo encerrar-se em dia em que não há expediente forense, mister que o ajuizamento da ação rescisória seja antecipado, sob pena de o autor decair de seu direito. À hipótese, por força do art. 220, aplicam-se os parágrafos do art. 219, bem assim a orientação consagrada na Súmula 106 do STJ (v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I).

É indiferente, contudo, que o recebimento da petição inicial e a determinação da citação do réu seja determinada ainda antes da consumação do prazo de dois anos quando o autor tomar as providências que lhe cabe (STF, Pleno, AR-AgR 1.584/SC, rel. Min. Eros Grau, j.un. 2.2.2006, DJ

2.6.2006, p. 4; STJ, 2ª Seção, AR 1.803/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 22.8.2007, DJ 1º.10.2007, p. 208; STJ, 3ª Turma, REsp 628.464/GO, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 5.10.2006, DJ 27.11.2006, p. 275; STJ, 2ª Turma, REsp 634.431/AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.un. 19.4.2005, DJ 6.6.2005, p. 274; e STJ, 4ª Turma, REsp 64.364/RO, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 19.12.1999, DJ 3.4.2000, p. 151). Importa, contudo, que a rescisória tenha sido apresentada dentro do prazo ao Tribunal competente para seu julgamento (v. n. 5, *supra*).

Sendo decadencial, aplica-se a exceção do art. 208 do Código Civil e, portanto, o biênio não flui em detrimento de incapazes. É o que, corretamente, decidiu a 4ª Turma do STJ no REsp 1.165.735/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 6.9.2011, DJe 6.10.2011.

## 13.2. Fluência do prazo

Embora a redação do art. 495 seja clara para fixar o trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir como *dies a quo* do prazo para a rescisória, devendo-se aplicar, à hipótese, o art. 184 (v. n. 13, *supra*), há polêmica sobre quando se dá o trânsito em julgado para aquele específico fim.

A discussão funda-se principalmente na circunstância, amplamente reconhecida, de que o juízo de admissibilidade recursal é *declaratório* e que, por isso, teria efeitos *retroativos*. O julgador, nessa perspectiva, quando *conhece* do recurso, afirma estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade desde sua interposição. Aplicando-se essa orientação, é imediata a percepção de que, uma vez não conhecido o recurso, a preclusão ou, o que interessa para o tema presente, o *trânsito em julgado* da decisão que se pretendeu impugnar já terá ocorrido anteriormente, desde sua interposição.

A questão é tanto mais importante porque, no intervalo que existe entre a apresentação do recurso e seu não conhecimento pelo órgão julgador, podem transcorrer os dois anos do art. 495, vedando-se, conseqüentemente, a possibilidade do questionamento da decisão pela “ação rescisória”. Pode-se consumir, enquanto se aguarda o julgamento do recurso, o prazo *decadencial* aqui discutido. Seria o caso de entender, para obviar tal situação, necessário que o interessado, antes do julgamento do recurso, propusesse a rescisória

em até dois anos contados do provável momento em que, se não conhecido o recurso, transitaria em julgado a decisão recorrida? E se sim, é o caso de suspender a rescisória até o julgamento do recurso porque, para seu cabimento, é indispensável o trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir?

Para evitar, dentre outras, as situações idealizadas pelo parágrafo anterior, de todo indesejáveis e violadoras do princípio maior da segurança jurídica e do princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) é que, para este *Curso*, o juízo de admissibilidade recursal, não obstante ser *declaratório*, não tem, *processualmente*, efeitos retroativos (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte I). A decisão que *não conhece* do recurso, que entende não preenchidos ou não subsistentes as condições e os pressupostos componentes do “juízo de admissibilidade recursal”, não retroage, devendo seus efeitos, no plano processual, ser experimentados desde então, *ex nunc*, portanto.

Assim, se SB interpõe recurso especial de acórdão de Tribunal Regional Federal, mesmo que ele não seja *conhecido*, o início do prazo de dois anos do art. 495 dá-se quando estiver esgotada a fase recursal voltada a questionar o acerto daquela decisão, com o julgamento, por exemplo, de eventual “agravo interno” (art. 557, § 1º; v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I), de eventuais embargos de declaração (art. 535; v. Capítulo 8 da Parte I) e, até mesmo, de eventual recurso extraordinário do acórdão do próprio Superior Tribunal de Justiça (v. n. 2.2 do Capítulo 11 da Parte I), com os desdobramentos recursais cabíveis em busca de sua admissibilidade.

Aceito o entendimento, é indiferente a razão pela qual não se conheceu do recurso. Assim, mesmo em se tratando de recurso *intempestivo* ou *deserto*, o prazo da rescisória fluirá de quando esgotados os recursos cabíveis da decisão que não o conheceu ou do transcurso *in albis* do prazo recursal contra aquela decisão, isto é, sem interposição de nenhum recurso da decisão relativa ao juízo *negativo* de admissibilidade. Para o litigante de má-fé, as consequências cabíveis são as apenações reservadas pelo sistema processual civil (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte I). Nunca, contudo, vedar que ele possa exercer um direito que, em última análise, é-lhe reconhecido desde a Constituição Federal.

Vale o destaque, contudo, de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ressalva expressamente as hipóteses de *intempestividade*. Para elas, é mister que o recorrente tenha recorrido de boa-fé, sem cometer nenhum “erro grosseiro”, assim, por exemplo, quando a tese relativa à tempestividade do recurso seja sustentável objetivamente ou quando a declaração da intempestividade recursal ocorrer após a consumação integral do prazo do art. 495. Neste sentido: 1ª Seção, AgRg na AR 3.691/MG, rel. Min. Denise Arruda, j.m.v. 27.6.2007, DJ 27.8.2007, p. 172; 1ª Turma, REsp 917.671/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 17.4.2007, DJ 7.5.2007, p. 299; 3ª Turma, REsp 784.166/SP, rel. Min. Castro Filho, j.un. 13.3.2007, DJ 23.4.2007, p. 259; e 3ª Seção, AR 377/DF, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 26.2.2003, DJ 13.10.2003, p. 225.

O problema não se põe, outrossim, nos casos de *conhecimento do recurso*. Para eles, não há dúvida de que o prazo para a rescisória terá início a partir do trânsito em julgado do acórdão, que, por força do art. 512, substitui a decisão anterior (v. n. 9 do Capítulo 4 da Parte I).

Admitindo, como este *Curso* admite, que decisões interlocutórias podem tratar de matéria de mérito, e que, portanto, têm aptidão para transitar em julgado (v. n. 3, *supra*), é irrecusável que o prazo para seu questionamento pela rescisória dá-se a partir de seu próprio trânsito em julgado – com as observações já evidenciadas – e não do trânsito em julgado da “decisão final”, entendimento que, importa a ressalva, não é o predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como demonstram os seguintes julgados: 1ª Turma, REsp 1.073.509/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.6.2009, DJe 1.7.2009; 2ª Turma, REsp 781.923/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 21.8.2007, DJ 31.8.2007, p. 223; CE, AgRg no EREsp 492.171/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 29.6.2007, DJ 13.8.2007, p. 312; 5ª Turma, REsp 336.301/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 16.3.2006, DJ 24.4.2006, p. 433; e CE, EREsp 404.777/DF, rel. p./acórdão Min. Peçanha Martins, j.m.v. 3.12.2003, DJ 11.4.2005, p. 169. O entendimento acabou sendo consagrado na Súmula 401 daquele tribunal.

Ainda sobre a fluência do prazo para a “ação rescisória”, não há espaço para confundir o trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir com a certificação daquele evento pela secretaria ou cartório judiciais. Esta, providência meramente burocrática e administrativa, não interfere – e não

pode interferir – naquele, único evento relevante para a aferição da tempestividade nos moldes do art. 495. Correto, neste sentido, o seguinte julgado da 2ª Seção do STJ: AR 4.374/MA, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.m.v. 9.5.2012, DJe 5.6.2012.

### 13.3. Prazos diferenciados

Não se aplica para o art. 495 o que o art. 188 reserva para as pessoas jurídicas de direito público e para o Ministério Público. O prazo é sempre de dois anos, contados com as observações feitas pelos ns. 13 e 13.2, *supra*, independentemente de quem seja o autor da ação rescisória.

O art. 4º, *caput*, da Medida Provisória n. 1.577/1997, reeditado até a Medida Provisória n. 1.632-11/1998, pretendeu alterar o prazo para as pessoas jurídicas de direito público. Segundo o dispositivo, “o direito de propor ação rescisória por parte da União dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Anote-se que a primeira redação do dispositivo fazia menção ao prazo de *quatro anos* para a rescisória. O prazo de *cinco anos* foi inovação trazida pela quinta reedição da Medida Provisória, então com o número 1.577-5, de 30.10.1997.

O dispositivo teve sua eficácia suspensa em virtude de cautelar deferida por unanimidade de votos pelo Plenário do STF quando do julgamento da ADI 1.753/DF, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em decisão publicada no DJ de 12.6.1998, p. 51.

A Medida Provisória n. 1.658-12/1998 – que se seguiu à de n. 1.632-11 e à decisão do STF na referida ADI – modificou a redação do precitado art. 188, concedendo prazo em dobro para as rescisórias da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações. O texto foi repetido nas sucessivas reedições da mesma Medida Provisória (1.703 e 1.774), passando a ser objeto de disciplina, em 11.2.1999, da Medida Provisória n. 1.798, situação que durou até a Medida Provisória n. 1.798-5, de 2.6.1999, a primeira da série que deixou de tratar do assunto. A inovação foi impugnada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADI 1.910-1/DF, também distribuída ao Ministro Sepúlveda Pertence,

quando teve sua vigência suspensa por unanimidade de votos (DJ 27.2.2004, p. 19).

Sem Medida Provisória que trate do assunto, a única exceção hoje vigente quanto ao prazo bienal para a “ação rescisória” diz respeito aos casos regulados pela Lei n. 6.739/1979, que dispõe sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais, em virtude do art. 8º-C que lhe foi acrescentado pelo art. 4º da Lei n. 10.267/2001. De acordo com o dispositivo: “É de oito anos, contados do trânsito em julgado da decisão, o prazo para ajuizamento de ação rescisória relativa a processos que digam respeito a transferência de terras públicas rurais”.

### **13.4. Decadência intercorrente**

Sobrevive, no direito positivo brasileiro, antiga orientação jurisprudencial do STF, consubstanciada na Súmula 264: “Verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de cinco anos”.

Com o necessário reparo de que o prazo, desde a edição do Código de Processo Civil de 1973, só pode ser o de *dois anos*, referido no art. 495, a Súmula significa que, paralisado o andamento do processo em que se pleiteia a rescisão de uma decisão trânsita em julgado por mais de *dois* anos, consumir-se-á a decadência do direito, devendo a mesma ser rejeitada com fundamento no art. 295, IV, passível de apreciação de ofício (v. n. 3.2.4 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I).

É suficiente para afastar a incidência daquela diretriz, contudo, que não possa ser o autor responsabilizado pela demora no julgamento, analogicamente ao que consagrado na Súmula 106 do STJ e, amplamente, no § 2º do art. 219 (v. n. 13.1, *supra*). Neste sentido: STJ, 3ª Seção, AR 3.200/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.un. 26.10.2005, DJ 28.11.2005, p. 181.

### **13.5. Sucessivas “ações rescisórias”**

É plenamente admissível o ajuizamento de mais de uma “ação rescisória” contra uma *mesma* decisão de mérito. Fundamental, apenas, que não haja repetição de causas de pedir, isto é, de uma das causas de rescisão do art. 485 (v. n. 6, *supra*), e que se observe o prazo decadencial de dois anos,

contado desde o trânsito em julgado da decisão rescindenda (v. n. 3, *supra*). Se a hipótese for de rescisória do acórdão que julgou anterior pedido rescisório, o prazo do art. 495 fluirá a partir de seu próprio trânsito em julgado com as considerações feitas pelos ns. 13 e 13.2, *supra*.

# CAPÍTULO 2

## Uniformização de jurisprudência e súmulas

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo do Capítulo é estudar conjuntamente três temas que estão intimamente ligados: o chamado “incidente de uniformização de jurisprudência” a que se referem os arts. 476 a 479, que, na perspectiva do Código de Processo Civil, deve ser observado para a produção das chamadas “súmulas” no ambiente dos Tribunais. Também o art. 555, § 1º, com vistas à uniformização de jurisprudência criou incidente diferenciado, para a mesma finalidade, a merecer, por isto mesmo, exame nesta sede.

A Lei n. 11.417/2006, disciplinando o disposto no art. 103-A da Constituição Federal, novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, estabeleceu *procedimento* próprio para a edição, revisão e o cancelamento das “súmulas vinculantes” do Supremo Tribunal Federal, razão suficiente para justificar seu exame separado pelo Capítulo 3.

### 2. O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Os arts. 476 a 479 ao tratar do chamado “incidente de uniformização de jurisprudência” disciplinam o *procedimento* que deve ser observado para que, no âmbito dos Tribunais de segunda instância, isto é, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, seja composta a divergência jurisprudencial constatada entre seus órgãos fracionários, é dizer, entre suas Câmaras, Turmas, Grupos ou Seções.

De acordo com o art. 476, cabe a qualquer magistrado, de ofício, constatando que há divergência jurisprudencial no âmbito do Tribunal a que pertence (art. 476, I) ou quando a decisão recorrida estiver em dissonância com manifestação anterior de outros órgãos do seu Tribunal (art. 476, II),

solicitar o pronunciamento prévio do órgão competente do Tribunal acerca do assunto, para que seja definida a interpretação a ser observada.

É possível, assim, que o relator ou o revisor, ainda quando do estudo dos autos antes da sessão de julgamento (v. n. 6 do Capítulo 5 da Parte I), inaugure o procedimento aqui analisado sem prejuízo de, durante a sessão, procederem de igual forma, até porque alertados pelos demais magistrados que integram o órgão julgador. O que importa para os fins do incidente aqui discutido é que seja constatada que já há divergência, no âmbito do Tribunal, sobre a interpretação de determinada questão jurídica.

Mas não só. Também o recorrente ou o recorrido, nos termos do parágrafo único do art. 476, podem, em suas razões ou contrarrazões de recurso, ou, ainda, em petição avulsa, evidenciar a ocorrência da divergência requerendo, conseqüentemente, que o Tribunal se manifeste sobre o tema. Considerando a relevância que a uniformização de jurisprudência tem, não há como negar que as partes (e eventuais terceiros) podem suscitar a abertura do incidente até mesmo em sustentação oral.

Não há nenhuma forma exigida pela lei para que as partes e eventuais terceiros suscitem a abertura do incidente. É suficiente que seja *objetivamente* constatada a existência de divergência, no âmbito do Tribunal, acerca da questão jurídica relativa ao recurso em pauta. Não tem aplicação aqui o disposto no parágrafo único do art. 541. Tampouco importa a *qualidade* da divergência, isto é, se ela diz respeito a “questões *constitucionais* federais” ou a “questões *legais* federais”. O incidente aqui tratado diz respeito a divergência porventura existente sobre qualquer tese jurídica, sendo de todo indiferente sua hierarquia ou fonte normativa.

Suscitada a questão, o órgão competente para julgamento do recurso deliberará sobre a existência, ou não, da divergência jurisprudencial. Se negativa for a resposta, o julgamento prosseguirá até seus ulteriores termos, nada havendo de peculiar na hipótese. Caso contrário, será lavrado acórdão que se limitará a reconhecer formalmente a instauração do incidente e que será distribuído a todos os integrantes do Tribunal. Os autos do recurso, em continuação, serão enviados ao presidente do Tribunal, que designará sessão de julgamento para que o órgão competente, indicado pelo Regimento Interno, manifeste-se sobre a questão com vistas a uniformizar o entendimento a respeito da questão, tudo em conformidade com o art. 477.

Embora sejam silentes a respeito os arts. 476 a 479, o recurso em que instaurado o incidente fica susgado, isto é, não tem qualquer andamento, até que o órgão competente se manifeste sobre a interpretação que deverá ser dada à questão sobre a qual há divergência no Tribunal.

Na sessão de julgamento do órgão competente para deliberar sobre a uniformização de jurisprudência, o Tribunal, confirmando a conclusão a que chegou o órgão fracionário, deliberará acerca da interpretação a ser observada, cabendo a cada um dos magistrados participantes do julgamento proferir seu voto a respeito do tema fundamentando-o (art. 478). A função do órgão julgador, nestes casos, limita-se a estabelecer, em tese, a interpretação a ser observada. A exemplo do que dispõem os arts. 480 a 482 (v. n. 1 do Capítulo 4), o órgão não julga o recurso; apenas o incidente. Fixada a interpretação, os autos serão devolvidos ao órgão competente para julgamento do recurso, que o retomará.

O Ministério Público atuará no incidente na qualidade de fiscal da lei, por força do disposto no parágrafo único do art. 478, medida salutar para viabilizar uma mais ampla discussão a respeito da tese jurídica a ser fixada pelo Tribunal.

Tanto mais importante a participação do Ministério Público e de todos os magistrados componentes do órgão julgador porque, havendo maioria absoluta de seus membros, a interpretação por eles fixada “será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”, nos dizeres do *caput* do art. 479.

A “súmula” referida pelo dispositivo não tem efeitos *vinculantes* mas, em plena harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, desempenha papel importante, até mesmo decisivo, na aceleração dos atos processuais no âmbito dos Tribunais, tornando legítima a atuação monocrática do relator para *negar* provimento a recursos (art. 557, *caput*; v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I) e, até mesmo, perante a primeira instância, como se vê expressamente do disposto no § 1º do art. 518 (v. n. 2.4 do Capítulo 3 da Parte I) e do art. 475 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III).

É correto, por isto mesmo, a referência a elas como “súmulas *persuasivas*” (como fazem, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 374-392), e José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 275-

279) ou, até mesmo, como “súmulas *procedimentais*”, porque sua influência no âmbito do sistema processual civil dá-se sobretudo na modificação do *procedimento* a ser adotado nos casos em que se discute matérias previamente sumuladas. Mesmo que seus efeitos não sejam *vinculantes* no sentido de serem de observância obrigatória por seus destinatários (v. n. 1 do Capítulo 3), a percepção, objetivamente constatável, de sua observância diuturna pelos mais diversos órgãos jurisdicionais de todos os níveis, significa, a olhos vistos, que seus efeitos *transcendem* e muito a regulação dos interesses e dos direitos do específico caso concreto a partir do qual foi instaurado o incidente aqui discutido. Há, nisto, a exemplo do que se dá com as “súmulas *vinculantes*”, um quê de *objetivação* no incidente destinado à sua criação, em contraposição à tradição do direito processual civil brasileiro, de se limitar a regulação de situações claramente *individuais* e *subjetivas*.

É esta a razão pela qual, a despeito do silêncio da lei processual civil, é irrecusável que *terceiros* possam requerer sua intervenção no incidente (“intervenção *espontânea*”), desde que já instaurado, ou, até mesmo, que sejam convocados para dele participar (“intervenção *provocada*”) ofertando a sua própria opinião sobre a *melhor* interpretação da tese jurídica que, uma vez definida, transformar-se-á em súmula do Tribunal. São terceiros que não se confundem e não podem confundir-se com as figuras idealizadas pelo direito processual civil porque sua intervenção não busca a tutela, direta ou indireta, de um *direito* próprio mas, bem diferentemente, de um *interesse* por ele suficientemente representado e que será afetado, em alguma medida, com a fixação de um *precedente* sobre uma dada tese jurídica, esta sim que lhe diz respeito diretamente.

Estes “terceiros” são o que o Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I, denomina *amicus curiae*. Trata-se de intervenção de terceiros que, embora atípica, viabiliza uma mais ampla e, portanto, mais democrática, participação de entidades ou pessoas suficientemente representativas da sociedade civil e do próprio Estado fornecendo melhores condições para que o Tribunal decida sobre a *tese* jurídica a ser fixada.

A publicação das “súmulas de jurisprudência predominante” é imposta pelo parágrafo único do art. 497, que se limita a remeter a disciplina da questão aos Regimentos Internos de cada Tribunal.

Questão clássica que existe sobre o assunto é sobre se o incidente de uniformização de jurisprudência pode ser instaurado depois da realização do julgamento do recurso, já em sede de embargos declaratórios. É supor o caso de, a despeito da provocação do recorrente ou do recorrido (art. 476, parágrafo único), silenciar o órgão julgador.

O melhor entendimento é o positivo, mais ainda em função do inegável interesse público que existe na uniformização da jurisprudência dos Tribunais e na criação de seus precedentes, até mesmo para viabilizar um verdadeiro “exaurimento de instância” para fins do recurso extraordinário e do recurso especial (v. n. 2.1 do Capítulo 11 da Parte I).

A jurisprudência amplamente majoritária, contudo, acentua que a instauração do incidente aqui discutido não é obrigatória para os Tribunais, pelo que não existem mecanismos aptos para forçá-lo a tanto, descabidos, conseqüentemente, os declaratórios para esta finalidade. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 745.363/RN, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 20.9.2007, DJ 18.10.2007, p. 270; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 802.455/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 27.2.2007, DJ 26.3.2007, p. 277; STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 620.276/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 28.6.2006, DJ 1º.8.2006, p. 266; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 574.272/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 20.9.2005, DJ 5.12.2005, p. 390 e STJ, 1ª Seção, EDcl no AgRg nos EDcl no CC 34.001/ES, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 27.10.2004, DJ 29.11.2004, p. 218.

### **3. A “UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PREVENTIVA”**

O § 1º do art. 555, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, estabeleceu, para todos os Tribunais, o que era (e continua a ser) prática corriqueira no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 22, parágrafo único, “b”, do RISTF) e no do Superior Tribunal de Justiça (arts. 14, II, e 16, IV, do RISTJ).

É o que vem sendo chamado de “uniformização de jurisprudência *preventiva*” para contrapô-la ao incidente disciplinado pelos arts. 476 a 479, que, para ser instaurado, pressupõe, em qualquer caso, a prévia existência de divergência sobre a interpretação de uma dada tese jurídica no âmbito do Tribunal (v. n. 2, *supra*).

De acordo com o dispositivo, “ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar”, que, reconhecendo interesse público na questão, passa a ter competência para julgar, desde logo, o recurso.

A “relevante questão de direito” a que se refere o § 1º do art. 555 deve ser entendida como as teses jurídicas que têm aptidão de gerar “recursos múltiplos” ou “repetitivos” e que, justamente em face disto, justifica que o Tribunal se manifeste, desde logo, sobre o assunto para evitar dispersão de julgados e colidência de entendimentos, o que, em última análise, atrita com o “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e, mais amplamente, com o próprio “princípio da segurança jurídica” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Assim, para os fins do § 1º do art. 555, não há necessidade, diferentemente do que se dá para o incidente de que cuidam os arts. 476 a 479 (v. n. 2, *supra*), que haja prévia divergência jurisprudencial. O incidente ora examinado permite que o magistrado, antevendo que a questão pode multiplicar-se dando ensejo a diversidade de interpretações e entendimentos, requer que o órgão colegiado indicado pelo Regimento Interno se manifeste desde logo sobre a interpretação que deve ser aplicada à hipótese.

Embora o dispositivo refira-se, apenas e tão somente, à iniciativa do relator, não há qualquer óbice para que também o recorrente ou o recorrido possam tecer considerações quanto à conveniência de o Tribunal manifestar-se para os fins do § 1º do art. 555.

Também o Ministério Público quando atuar na qualidade de fiscal da lei e, mais amplamente, qualquer um que demonstre “interesse *institucional*” na resolução da questão, máxime pelos efeitos que a fixação de um precedente jurisprudencial, mesmo sem ser *vinculante*, desempenha no atual cenário jurídico do direito processual civil, espaço a ser ocupado pelo *amicus curiae* (v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

Acerca da intervenção do *amicus curiae*, é irrecusável, a exemplo do que já acentuou o n. 2, *supra*, entender que sua participação, uma vez instaurado o incidente aqui examinado, para *ampliar previamente* a discussão em torno da fixação da melhor interpretação da “relevante questão de direito” é irrecusável.

O “interesse público” subjacente à questão, ademais, é suficiente para que o Ministério Público passe a atuar no caso na qualidade de fiscal da lei, ao menos no que diz respeito ao desenvolvimento do incidente, por força do que dispõe o inciso III do art. 82 (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1) e, por analogia, diante do que dispõe o parágrafo único do art. 478.

Sobre a assunção da competência para julgamento do recurso pelo órgão que o Regimento Interno do respectivo Tribunal indicar, cabe salientar que se trata de medida afinada ao “princípio da economia e da eficiência processuais”, uma vez que viabiliza que a tese jurídica, tal qual definida, já seja aplicada ao caso concreto pelo mesmo órgão julgador. A prática demonstra, com efeito, que a cisão do julgamento inerente ao incidente dos arts. 476 a 479 enseja não só incontornáveis problemas relativos à duração do processo mas, mais do que isto, a sua raríssima aplicação na prática do foro. Não é outra a razão, aliás, pela qual o parágrafo único do art. 481, tratando de procedimento similar para a declaração de inconstitucionalidade, buscou dispensar a *necessidade* da instauração do incidente nos casos que especifica, assunto para o qual se volta o n. 5 do Capítulo 4.

Uma vez julgado o recurso pelo órgão que, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, tiver competência para prevenir a divergência jurisprudencial, é do acórdão respectivo que caberão, consoante o caso, os recursos apropriados, não havendo razão nenhuma para afastar, inclusive, o uso dos embargos infringentes quando presentes os pressupostos do art. 530 (v. n. 2 do Capítulo 9 da Parte I).

## 4. SÚMULAS

As chamadas “súmulas” são a cristalização de entendimentos *jurisprudenciais* que predominam nos Tribunais em certo espaço de tempo. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas em determinado sentido pelos Tribunais.

Não se trata de verificar a ocorrência de um ou de outro julgamento em um dado sentido mas, bem mais amplamente, de constatar *objetivamente* a tendência de que o Tribunal ou, quando menos, seus órgãos fracionários tendem a decidir certas questões de determinada forma. Súmula é indicativo de *jurisprudência*, e não de *judgados*.

Rigorosamente e tendo em conta o histórico do instituto no passado mais recente do Supremo Tribunal Federal, não há “súmulas” (no plural) de um Tribunal mas, sim, “súmula” (no singular) porque se trata de verificar a *suma*, a *síntese* da jurisprudência de um determinado órgão julgador ou Tribunal acerca de dadas teses jurídicas. O que pode ocorrer em mais de uma unidade são os *enunciados* desta súmula, que serão tantos quantas forem as teses que pacificamente ou, quando menos, majoritariamente, decide o Tribunal.

Não obstante estas considerações, consagrou-se na prática do foro, na doutrina e na própria jurisprudência, o uso da palavra “súmulas” (no plural) para descrever cada um dos verbetes e enunciados. É neste contexto, com esta ressalva, que este *Curso*, por exemplo, emprega o termo, inclusive no Glossário acostado no final do presente volume.

A existência de súmulas visa, a um só tempo, viabilizar maior celeridade nos julgamentos, uma vez que a sua existência dispensa o órgão julgador de mencionar outros julgados no mesmo sentido (art. 102, § 4º, do RISTF e art. 124 do RISTJ) e criar condições de maior segurança jurídica e isonomia no tratamento dos litigantes em face do grau de previsibilidade de que situações similares receberão, a seu tempo, o *mesmo* julgamento.

Como exposto pelo n. 2, *supra*, as súmulas, quando originadas nos Tribunais, inclusive nos de Justiça e nos Regionais Federais, não são editadas e publicadas “nos casos concretos”, isto é, como fecho dos julgamentos das apelações, dos agravos, dos recursos especiais, dos recursos extraordinários ou de quaisquer outros. São elas, rigorosamente, o ápice de um *procedimento* próprio, o de “uniformização de jurisprudência”, ou, quando menos, com os olhos voltados à prática dos Tribunais Superiores, de sessões específicas, designadas para tal finalidade (art. 102, § 1º, do RISTF e art. 122 do RISTJ).

No sistema processual civil, a existência de *súmula* gera a permissividade de uma série de flexibilizações procedimentais como, por exemplo, a possibilidade de atuação monocrática do relator no âmbito dos Tribunais (art. 557, *caput*, e § 1º; v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I, e, ainda, art. 120, parágrafo único; v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 2, tomo D); o não recebimento de recursos (art. 518, § 1º; v. n. 2.4 do Capítulo 3 da Parte I); a não sujeição de decisões mesmo que contrárias à Fazenda

Pública, ao reexame necessário (art. 475, § 3º; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte II), a rejeição liminar e monocrática do agravo de instrumento (art. 527, I; v. n. 3.4.1 do Capítulo 7 da Parte I); e o julgamento monocrático do recurso extraordinário e/ou do recurso especial, negando ou dando provimento ao agravo interposto para seu processamento (art. 544, § 4º, “b” e “c”, v. n. 4.2 do Capítulo 7 da Parte I).

Porque o direito é fenômeno inequivocamente vivo, dependente, sempre, de sua *recriação*, não há como evitar ou impedir que os entendimentos dos Tribunais, mesmo que sumulados, sejam revistos. Pelo contrário, o sistema deve permitir, em qualquer caso, a rediscussão do que já foi decidido, mesmo quando sumulada a questão por um Tribunal. É o que expressamente preveem, por exemplo, o art. 103 do RISTF e o art. 125, § 1º, do RISTJ.

Mesmo o incidente de uniformização de jurisprudência dos arts. 476 a 479 e o do § 1º do art. 555 podem (e devem) ser utilizados para viabilizar uma renovada discussão sobre as questões já sumuladas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, cabe dar destaque aos arts. 354-A a 354-G de seu Regimento Interno, introduzidos pela Emenda Regimental n. 46/2011, que criam procedimento adequado para edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes. O art. 2º da referida Emenda Regimental determina que aqueles dispositivos apliquem-se “no que couber, ao procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula não vinculante”. Trata-se de iniciativa digna de nota porque viabiliza uma ampla (e necessária) participação da sociedade civil e do próprio Estado na produção e na atualização da jurisprudência daquele Tribunal. À descrição daquele *procedimento*, volta-se o n. 3 do Capítulo 3.

# CAPÍTULO 3

## Súmulas vinculantes

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Dentre as diversas novidades substanciais trazidas para o “modelo constitucional do direito processual civil” pela Emenda Constitucional n. 45/2004 está a relativa às “súmulas vinculantes” do Supremo Tribunal Federal, que hoje constam do art. 103-A da Constituição Federal. Diferentemente das súmulas anteriormente conhecidas pelo direito brasileiro (v. n. 4 do Capítulo 2), estas têm a aptidão de *vincular* todos os órgãos jurisdicionais e, bem assim, todas as esferas e níveis da Administração Pública no sentido de serem de observação obrigatória. É o que hoje se lê do *caput* do art. 103-A da Constituição Federal.

Dando concretização à previsão constitucional, foi promulgada a Lei n. 11.417/2006, que regulamentou o precitado dispositivo constitucional, estabelecendo, conseqüentemente, o *procedimento* a ser observado para a criação, modificação e cancelamento das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de um dos “procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados” noticiado pelo n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1.

Complementam o rol normativo do instituto os arts. 99 a 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que se aplicam subsidiariamente à espécie, nos termos do art. 10 da Lei n. 11.417/2006, bem como os arts. 354-A a 354-G do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, introduzidos pela Emenda Regimental n. 46, de 6 de julho de 2011, que passaram a tratar especificamente sobre o tema, sobrepondo-se, no particular, à Resolução n. 388/2008 daquele mesmo Tribunal, que se prestava a tanto. De outra parte, a “classe processual”, “Proposta de Súmula Vinculante – PSV”, ora cristalizada no inciso XXVIII do art. 55 do RISTF,

objeto da referida Emenda Regimental, já havia sido criada, no âmbito daquele Tribunal, pela Resolução n. 381/2008.

A preocupação declarada dos referidos atos normativos é a de criar condições para que os pedidos de edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes tenham tramitação “célere e eficaz” no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tanto que, nos termos do art. 19, VI, da Resolução n. 427/2010, a apresentação do pedido deve ser feita necessariamente de forma eletrônica, diretriz que vem reiterada no art. 354-G do RISTF. Importa destacar que a manifestação do Supremo Tribunal Federal quando se trata de editar, modificar ou cancelar uma “súmula vinculante” é *processual*, ainda mais quando aquela Corte é provocada especificamente para esta finalidade por um dos *legitimados* para tanto (v. n. 3, *infra*), o que rende ensejo ao nascimento de um *processo* voltado especificamente àquela finalidade. A constatação, contudo, não inibe, muito diferentemente, de dar destaque ao *procedimento* deste processo, mormente diante da compreensão que este *Curso* propõe para “processo”, como significativo de *necessária* atuação e exercício legítimo de quaisquer das funções estatais (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

A última afirmação convida a uma breve ressalva. Mesmo para quem não compartilhar do entendimento aqui proposto de que há “processo *jurisdicional*” subjacente à atuação do Supremo Tribunal Federal para a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com caráter vinculante, mas um “processo *administrativo*”, a aplicação das largas linhas do “modelo constitucional do processo civil” traçado pelo vol. 1 é irrecusável. Assim, mesmo que se entenda tratar-se de “processo *administrativo*”, o ponto saliente é a imperatividade de o exercício de função estatal dar-se em consonância com as garantias e as diretrizes impostas desde a Constituição Federal. Não é diverso, outrossim, o que ocorre no âmbito do Poder Legislativo para o qual os arts. 59 a 69 da Constituição Federal impõem a observância de um “*processo legislativo*”, devidamente procedimentalizado no plano infraconstitucional.

## 2. OBJETO DA SÚMULA VINCULANTE

Pode ser objeto da súmula vinculante a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual

entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal e art. 2º, § 1º, da Lei n. 11.417/2006). As “normas determinadas”, contudo, devem versar sobre “matéria *constitucional*”, exigência feita pelo *caput* do art. 103-A da Constituição Federal.

A “edição” da súmula vinculante deve ser entendida como a sua *criação*, a fixação de uma nova tese jurídica a partir da consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre uma dada questão.

A “revisão” e o “cancelamento” pressupõem súmula vinculante preexistente e a percepção de que ela precisa ser modificada ou que ela não pode mais subsistir. A hipótese é regulada expressamente pelo art. 5º da Lei n. 11.417/2006. De acordo com o dispositivo, “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

### **3. LEGITIMADOS**

A Lei n. 11.417/2006 disciplina a “edição”, “revisão” e “cancelamento” das súmulas vinculantes de forma a viabilizar a participação do maior número possível de sujeitos em todos os atos do processo voltado àquele fim.

São legitimados para a edição, a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes os próprios Ministros daquela Corte, que, para este fim, podem atuar de ofício, isto é, sem provocação de qualquer parte ou terceiro.

Os legitimados para a “ação direta de inconstitucionalidade” e para a “ação declaratória de constitucionalidade” (art. 103 da Constituição Federal) também têm poder de iniciativa, de acordo com o § 2º do art. 103-A da Constituição Federal, sendo certo que o art. 3º da Lei n. 11.417/2006, disciplinando aquele dispositivo, ampliou, ainda mais, o rol dos legitimados.

Por força do referido dispositivo legal, são legitimados para a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes: (a) o Presidente da República; (b) a Mesa do Senado Federal; (c) a Mesa da Câmara dos Deputados; (d) o Procurador-Geral da República; (e) o Conselho Federal da

Ordem dos Advogados do Brasil; (f) o Defensor Público Geral da União; (g) partido político com representação no Congresso Nacional; (h) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; (i) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (j) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (k) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Embora os Municípios não sejam legitimados, o § 1º do art. 3º da Lei n. 11.417/2006 autoriza que eles possam propor a edição, a revisão e o cancelamento da súmula vinculante incidentalmente nos próprios processos em que sejam partes. O caráter “incidental” aí referido quer significar que o Município requererá nas petições dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, inclusive nas razões ou contrarrazões de recurso extraordinário, conforme o caso, que este Tribunal se manifeste sobre o tema e, se assim entender necessário, que edite, revise ou cancele a súmula. A iniciativa, prossegue o mesmo dispositivo legal, não tem o condão de suspender o processo em que ela for exercida.

O § 2º do art. 3º da Lei n. 11.417/2006, por sua vez, admite que “no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Trata-se, embora sem referência expressa ao *nome* do instituto, de previsão expressa da intervenção do *amicus curiae* no processo em que se pretende a edição, a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes (v. n. 3 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

O dispositivo deve ser aplaudido em todos os sentidos. Permitir que “terceiros” intervenham no processo destinado à edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante significa viabilizar uma mais ampla e, conseqüentemente, mais democrática participação da sociedade civil e do próprio Estado perante o Supremo Tribunal Federal, dando àquele Tribunal maiores e melhores condições de definir os parâmetros da fixação de sua jurisprudência. Tanto mais importante é a admissão expressa de uma tal intervenção porque se trata, aqui, de súmula com caráter *vinculante*, cuja observância é obrigatória pelos demais órgãos componentes do Judiciário e

da Administração Pública. Tanto quanto as leis, que pressupõem “devido processo *legislativo*” para sua edição e modificação, as súmulas, que assumem feição bastante próxima àquelas normas jurídicas, mormente no que diz com seu caráter de observância obrigatória, precisam também pressupor a mesma qualidade de discussão que embasa as decisões tomadas pelos exercentes do Poder em um Estado Democrático de Direito.

Havendo *processo* instaurado para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (v. n. 1, *supra*), pode o próprio “terceiro” dirigir-se ao Supremo Tribunal Federal tomando a iniciativa de agir, fornecendo informações, teses, estudos jurídicos e não jurídicos (científicos, sociais, econômicos, financeiros, por exemplo) que, na sua perspectiva, têm aptidão de viabilizar que aquele Tribunal, *antes* da edição, modificação ou cancelamento da súmula, avalie todas as considerações necessárias para melhor assentar a sua própria jurisprudência. Trata-se, para empregar a classificação proposta pelo n. 2.3 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I, de “intervenção *espontânea*” do *amicus curiae*.

Pode acontecer, contudo, que os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal decidam pela convocação de terceiros para se manifestar sobre a “matéria controvertida” e, mais amplamente, sobre suas repercussões nas diversas áreas do conhecimento. É o que o mesmo n. 2.3 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I, chama de “intervenção *provocada*” do *amicus curiae*.

A decisão que admite a intervenção do *amicus curiae*, lê-se do § 3º do art. 2º da Lei n. 11.417/2006, é *irrecorrível*. A irrecorribilidade, em tais casos, viola o “princípio da colegialidade” porque causa, àquele que pretende intervir, prejuízo *imediato* e *irreversível*. De resto, a pluralidade de opiniões ínsita à intervenção desejada pelo dispositivo em exame, a “abertura” da atuação do Supremo Tribunal Federal a “representantes adequados” da sociedade civil e do próprio Estado em seus diversos níveis, conflita com a inviabilidade de uma discussão igualmente *plural* acerca da intervenção e das condições em que ela pode verificar-se para atingir a sua finalidade.

A despeito do *texto* legal, portanto, a hipótese deve comportar contraste perante o “agravo *interno*”, aplicáveis as mesmas considerações apresentadas pelo n. 5 do Capítulo 7 da Parte I.

O Procurador-Geral da República, nos termos do § 2º do art. 2º da Lei n. 11.417/2006, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante quando não for sua a iniciativa para tanto. Em todos os casos em que ele não figurar como *parte*, legitimado que é por força do inciso IV do art. 3º da Lei n. 11.417/2006, destarte, ele atuará como *fiscal da lei*. Trata-se de iniciativa que também viabiliza uma mais ampla e desejável *participação no processo* relativo às súmulas vinculantes, tornando obrigatória a *prévia* manifestação do mais alto nível de uma das funções essenciais à Justiça, o Ministério Público da União (v. n. 3.3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

O procedimento estabelecido pelos arts. 354-A a 354-G do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para a “edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante” (v. n. 1, *supra*) é, no particular, bastante feliz porque viabiliza, em estreita observância ao “modelo constitucional” e à legislação de regência do instituto, *ampla* participação da sociedade civil organizada e do próprio Estado.

Com efeito, o art. 354-B do RISTF impõe que o pedido respectivo, superado o exame quanto à adequação formal da proposta (art. 354-A do RISTF), seja disponibilizado em edital eletrônico no sítio do Supremo Tribunal Federal e no Diário da Justiça Eletrônico, “para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos ao Procurador-Geral da República”. Com a devolução dos autos, prossegue o art. 354-C do RISTF, o Presidente do STF submeterá as manifestações e a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos Ministros da Comissão de Jurisprudência, em meio eletrônico, para que se manifestem no prazo comum de quinze dias. Em seguida, a proposta será encaminhada aos demais Ministros pelo mesmo prazo comum. Após, o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta (art. 354-D).

O art. 354-E, em estreita sintonia ao quanto acentuado pelo n. 3.5.3 do Capítulo 11 da Parte I, dispõe que: “A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá versar sobre questão com repercussão geral reconhecida, caso em que poderá ser apresentada por qualquer Ministro logo após o julgamento de mérito do processo, para deliberação imediata do Tribunal Pleno na mesma sessão”.

Por fim, em consonância com o art. 354-F do RISTF, “O teor da proposta de súmula aprovada, que deve constar do acórdão, conterà cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no *Diário da Justiça Eletrônico*”, sendo certo que todas “...as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF”, como preceitua o art. 354-G do mesmo Regimento Interno.

## 4. EFICÁCIA IMEDIATA

O quórum para a edição, a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes, imposto pelo *caput* do art. 103-A da Constituição Federal e pelo § 3º do art. 2º da Lei n. 11.417/2006, é de dois terços do Supremo Tribunal Federal, isto é, de oito Ministros.

As súmulas vinculantes, uma vez editadas, revistas ou canceladas, e devidamente publicadas com observância do disposto no § 4º do art. 2º da Lei n. 11.417/2006, têm eficácia *imediata*, isto é, aplicam-se desde logo, inclusive nos processos em curso, ressalvadas as hipóteses do art. 4º da Lei n. 11.417/2006.

De acordo com este dispositivo, que faz eco ao art. 27 da Lei n. 9.868/1999, o qual cuida das “ações diretas de inconstitucionalidade” e das “ações declaratórias de constitucionalidade”, oito dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, isto é, dois terços de seus membros – mesmo quórum para a edição, revisão e cancelamento da súmula, convém o destaque –, poderão “restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

A ressalva é fundamental para evitar que a aplicação *imediata* das súmulas, assim como ocorre com qualquer outro ato normativo de observância obrigatória, crie situações indesejáveis do ponto de vista jurídico, social ou econômico, buscando, com esta *modulação* dos efeitos imediatos, que o impacto da súmula seja o menor possível para as situações pretéritas e ainda pendentes de deliberação. Solução diversa agrediria, inclusive, o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e, mais amplamente, o “princípio da segurança jurídica”, o que não pode ser aceito a qualquer título (v. n. 2.6.5 do Capítulo 2 da Parte I e n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Tanto mais importante o disposto no art. 4º da Lei n. 11.417/2006 porque o art. 6º do mesmo diploma legislativo não autoriza que a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante suspenda os processos em que é discutida a mesma questão. Como os processos mantêm, portanto, seu curso regular, importa verificar qual será o impacto que a súmula, assim que editada, modificada ou cancelada, terá sobre a situação de direito material nele posta para exame e solução perante o Estado-juiz.

## 5. RECLAMAÇÃO

Os efeitos *vinculantes* das súmulas aqui tratadas e, conseqüentemente, a sua observância obrigatória por todos os demais órgãos jurisdicionais e por toda a Administração Pública, direta e indireta, de todos os níveis federais, isto é, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, é garantida pelo art. 7º da Lei n. 11.417/2006, que se ocupa de disciplina a hipótese prevista pelo § 3º do art. 103-A da Constituição Federal. O dispositivo reserva o uso da “reclamação” para contrastar o ato administrativo ou a decisão judicial que contrariar súmula que tenha caráter vinculante ou que a aplicar indevidamente.

Sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 2 do Capítulo 3 da Parte III, cabem algumas reflexões sobre o art. 7º da Lei n. 11.417/2006.

*Contrariar* a súmula vinculante (ou, como quer o *caput* do dispositivo em exame, “negar vigência”) deve ser entendido como a situação em que o ato da Administração (direta ou indireta de qualquer nível federado) ou a decisão judicial (de qualquer órgão jurisdicional) deixar de observar o que foi estatuído por ela. Trata-se, em última análise, de situação similar àquela que autoriza, com base no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, recurso extraordinário, o que viabiliza a extração e aplicação do próprio entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação daquele dispositivo para os fins aqui examinados.

*Aplicar indevidamente* a súmula é aplicá-la em caso estranho à sua hipótese de incidência ou deixar de aplicá-la nos casos em que ela deveria ter sido aplicada, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista fático, o que pressupõe similitude fática e jurídica entre a decisão reclamada e a que foi considerada na edição da súmula vinculante. Como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é extremamente restritiva

quanto à compreensão do que seja *contrariar* para fins do recurso extraordinário, a referência à “aplicação indevida” busca albergar hipóteses que, na normalidade das vezes, seriam entendidas como inconstitucionalidades “reflexas”, “indiretas” ou “oblíquas” (v. n. 3.1 do Capítulo 11 da Parte I). A política, em se tratando de súmula vinculante e, conseqüentemente, do instrumento jurisdicional que assegura a sua observância, é claramente de *inclusão*, e não, como se dá com relação ao recurso extraordinário, de *exclusão*.

O cabimento da reclamação depende da *afirmação* de que houve a contrariedade ou a má aplicação da súmula vinculante. Saber se realmente houve inobservância da súmula diz respeito ao mérito daquela medida. Assim, para fins de sua admissibilidade, são indiferentes as razões pelas quais se contrariou ou se aplicou indevidamente a súmula.

Acolhida a reclamação, isto é, julgando-a procedente (juízo de *mérito*), o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra ou outro sejam proferidos em substituição com ou sem observância da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal e art. 7º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006).

O art. 7º da Lei n. 11.417/2006 ressalva que o cabimento da reclamação dá-se “sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”. O dispositivo afina-se ao entendimento amplamente vencedor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que a reclamação não pode fazer as vezes do recurso que, porventura, caiba da decisão jurisdicional, tal qual proferida. Presentes as hipóteses de cabimento da reclamação (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III), portanto, é indiferente que a parte se tenha valido de quaisquer recursos contra o ato reclamado.

Exceção ao quanto asseverado pelo parágrafo anterior está no § 1º do art. 7º da Lei n. 11.417/2006, pelo qual o uso da reclamação contra atos administrativos depende do “esgotamento das vias administrativas”. A exigência é correta e não viola o “modelo constitucional do direito processual civil” porque impõe à Administração Pública que se comporte de maneira *eficiente*, como lhe determina o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, manifestando-se em conformidade com as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Ademais, para resguardar qualquer situação apta a criar ameaça ou lesão ao particular, inclusive decorrente do silêncio

abusivo da Administração Pública sobre a observância, ou não, do entendimento daquele Tribunal, é irrecusável a pertinência do uso do “mandado de segurança”.

Foi para o atingimento dos fins idealizados pelo precitado § 1º do art. 7º que os arts. 8º e 9º da Lei n. 11.417/2006 introduziram novos dispositivos na Lei n. 9.784/1999, que disciplina o “*processo* administrativo” no âmbito federal, exigindo que as autoridades administrativas se manifestem, conforme o caso, explicitamente sobre a aplicação ou não da súmula nos casos por elas decididos e para que se adaptem ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de “reclamação” no proferimento de futuras decisões administrativas em casos similares, com expressa indicação da responsabilização civil, administrativa e penal do agente faltoso.

## 6. AS SÚMULAS NÃO VINCULANTES DO STF

Vale o destaque de que, por força do art. 8º da Emenda Constitucional n. 45/2004, as “antigas” súmulas do Supremo Tribunal Federal, é dizer, as 736 súmulas *não vinculantes* expedidas *antes* do advento da autorização do art. 103-A, podem assumir aquele mesmo *status* jurídico desde que sejam “confirmadas” por dois terços dos integrantes daquele Tribunal e publicadas na imprensa oficial.

Embora a Lei n. 11.417/2006 não se refira à hipótese, é irrecusável que a transformação do regime jurídico daquelas súmulas – de “não vinculantes” para “vinculantes” – pressupõe a observância do regular (e prévio) *processo* disciplinado por aquele diploma legislativo, levando em conta, inclusive, a necessária e *ampla* participação dos legitimados expressamente previstos no seu art. 3º, sem prejuízo da importante e fundamental participação dos municípios e de entidades e pessoas que possam fazer as vezes do *amicus curiae*. As razões são as mesmas expostas pelo n. 3, *supra*, que derivam do “modelo constitucional do direito processual civil”.

A observância do *procedimento* constante dos arts. 354-A a 354-G do RISTF, em especial do art. 354-B, para tanto (v. ns. 1 e 3, *supra*), no particular, tem o condão de viabilizar o atingimento daquele desiderato. Assegura-a o art. 2º da Emenda Regimental n. 46/2011, que incluiu os precitados dispositivos no RISTF.

# CAPÍTULO 4

## Controle incidental de inconstitucionalidade

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os arts. 480 a 482 tratam do *procedimento* que deve ser observado, nos Tribunais, para que seja declarada a *inconstitucionalidade* de lei ou de ato normativo do Poder Público, cuja análise se impõe para julgamento de recurso ou causa originária, concretizando o “princípio da reserva de plenário”, a que se refere o art. 97 da Constituição Federal (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I), na forma como já fez referência o n. 6 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1.

Trata-se de declaração *incidental* de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, inerente, no sistema processual civil brasileiro, a todos e quaisquer órgãos jurisdicionais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como revelam os arts. 199 a 200 de seu Regimento Interno.

O controle *abstrato, direto e concentrado* da constitucionalidade de leis e atos normativos em geral só pode ser exercido pela chamada “ação direta de inconstitucionalidade” ou “ação declaratória de constitucionalidade”, regulamentadas pela Lei n. 9.868/1999, propostas originariamente no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*, da Constituição Federal; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) ou, no caso das “ações diretas de inconstitucionalidade”, também perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros ou do Distrito Federal (art. 125, § 2º, da Constituição Federal; v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1). Para o exercício daquelas competências, há um procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado, de que dá notícia o já mencionado n. do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1, e que é objeto de análise pelo Capítulo 4 da Parte II do tomo III do vol. 2.

A “declaração de inconstitucionalidade” tratada nos arts. 480 a 482 é um *incidente* processual que impõe o *sobrestamento* do julgamento e o

“destaque” da questão sobre se determinada lei ou ato normativo é, ou não, constitucional, que deverá ser apreciada *independentemente da causa* em julgamento. Antes de apreciar a *tese de inconstitucionalidade*, no entanto, o órgão colegiado deliberará acerca da instauração ou não do incidente. Somente será enviada a questão para resolução pelo órgão competente do Tribunal, quando for aprovada pelo *quorum* regimentalmente exigível para o julgamento da proposta de instauração do incidente (art. 481).

Importante destacar que a competência do Plenário ou órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, limita-se à apreciação da *inconstitucionalidade* da lei ou ato normativo. Se o órgão fracionário entender que a norma é *constitucional*, não há lugar para instauração do incidente (v. n. 3, *infra*).

É correto, portanto, entender que o princípio da reserva de plenário “atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público”, como bem destacado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na decisão monocrática que proferiu no RE 535.133/SP (j. 31.8.2007, DJ 21.9.2007, p. 164).

Uma vez julgada a *questão*, declarando, ou não, a inconstitucionalidade da norma, o julgamento anteriormente sobrestado deverá ser *retomado* pelo órgão fracionário competente (Câmara, Turma, Grupo de Câmaras, Seção, etc., consoante o caso) e *aplicado* o resultado do julgamento do incidente na causa concreta (v. n. 7, *infra*). Imediata a percepção, destarte, de que a *questão* relativa à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma é *prejudicial* ao julgamento a ser feito pelo órgão fracionário, pelo que sua *anterior* resolução é medida impositiva. Trata-se de questão *prejudicial* porque o *conteúdo* de sua solução afeta necessariamente o julgamento que se seguirá.

Uma situação concreta pode esclarecer melhor o que é tratado no incidente aqui discutido. Impetra-se mandado de segurança alegando a inconstitucionalidade de determinada exação tributária. Denegada a segurança em primeira instância, isto é, não acolhido o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor (usualmente denominado, em se tratando de mandado de segurança, “impetrante”), sua apelação fortalece a argumentação da inconstitucionalidade da norma tributária e,

consequentemente, a de concessão da ordem, ou seja, a prestação de tutela jurisdicional em seu favor. O relator, verificando o teor da “causa de pedir” (art. 282, III; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I), deverá instaurar o *incidente* de inconstitucionalidade, *destacando* a questão relativa à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, para que o órgão competente do Tribunal a aprecie, em consonância com os arts. 480 a 482. Uma vez decidida *essa* questão, qual seja, ser, ou não, a norma que fundamenta o pedido de tutela jurisdicional constitucional, o entendimento respectivo deverá ser aplicado ao caso concreto pelo órgão competente para apreciação da apelação.

A inobservância da instauração do incidente nos casos em que o sistema processual civil o impõe é causa de *nulidade* do julgamento (assim, v.g.: STF, 2ª Turma, RE-AgR 463.278/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 14.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 80, e STJ, 5ª Turma, REsp 792.600/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 18.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 349).

Importa destacar, ainda, que a participação do Ministério Público para a instauração do incidente é indispensável mesmo que ele não tenha funcionado como parte ou como fiscal da lei até então, de acordo com o art. 480. A ausência de sua participação gera nulidade processual, nos termos do art. 84 (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

## **2. LEGITIMIDADE E OPORTUNIDADE PARA ARGUIÇÃO DO INCIDENTE**

Qualquer das partes, autor ou réu, recorrente ou recorrido, pode suscitar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público para os fins dos arts. 480 a 482.

A prévia oitiva do Ministério Público para a *instauração* do incidente imposta pelo art. 480 (v. n. 1, *supra*) não se confunde com e não elimina a sua legitimidade para, como parte ou como fiscal da lei que já atue no processo, requerer a sua instauração.

A qualquer dos julgadores, também, é dado, independentemente de provocação dos interessados, suscitar a questão. É vedado, contudo, que o relator decida monocraticamente pela instauração do incidente.

Quando a iniciativa é das partes ou do Ministério Público, a arguição pode ser feita em petição elaborada especificamente para essa finalidade, em razões de recurso, em contrarrazões ou em sustentação oral por ocasião do julgamento.

Os julgadores podem provocar a formação do incidente por ocasião do proferimento de seus votos, sendo vedado às partes e ao Ministério Público, contudo, que o suscitem durante o julgamento, após o proferimento do voto do relator (STJ, 1ª Seção, MS 10.595/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 24.10.2007, DJ 19.11.2007, p. 178). Não há razão para afastar os embargos de declaração como veículo processual apto a suscitá-lo, desde que se façam presentes suas hipóteses de admissibilidade, a mais provável delas, a de *omissão* da decisão relativa à questão de saber se determinada norma é, ou não, inconstitucional (art. 535, II; v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte I). Os embargos declaratórios para este fim são pertinentes mesmo quando não houve, ainda, alegação de inconstitucionalidade da lei que fundamenta a decisão, visto que se trata de matéria de ordem pública, razão suficiente para entender aplicável à espécie o “efeito *translativo*” com o qual se ocupa o n. 7 do Capítulo 4 da Parte I.

### **3. ADMISSÃO OU INADMISSÃO DO INCIDENTE**

Desde que o relator verifique ser o caso de enfrentamento necessário do contraste da constitucionalidade de lei ou de outro ato normativo infralegal, deve ouvir a esse respeito o Ministério Público e submeter ao órgão fracionário indicado pelo Regimento Interno do Tribunal a decisão relativa à instauração, ou não, do incidente. Se a proposta de instauração for rejeitada, o julgamento será retomado, como se não tivesse sido sobrestado. Caso contrário, deverá ser lavrado acórdão relativo à instauração do incidente para que a *questão constitucional* seja levada ao “tribunal pleno”, como se lê do *caput* do art. 481, isto é, ao órgão competente para apreciar a questão nos termos do art. 97 da Constituição Federal (v. n. 4, *infra*).

A rejeição de abertura do incidente de inconstitucionalidade pode dar-se por diversas razões: porque não se trata de arguição de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público; porque a lei eventualmente questionada não guarda relevância para o deslinde do julgamento (assim, v.g., quando, não obstante haver tese de

inconstitucionalidade de lei, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito nos moldes do art. 267) ou, ainda, porque, na análise desenvolvida pelo órgão fracionário do Tribunal, não há qualquer suspeita de *inconstitucionalidade* da lei ou do ato normativo, limitando-se a aplicar, por isso mesmo, o ato infraconstitucional à espécie (STJ, CE, AI nos EREsp 727.716/CE, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 16.2.2011, DJe 23.5.2011). O acolhimento do incidente, destarte, pressupõe juízo deliberativo *tendente* à declaração de *inconstitucionalidade* da lei ou do ato do Poder Público, indiferente, para tanto, a origem do ato questionado.

Quando o Tribunal se limita a interpretar o dispositivo à luz da Constituição Federal, não há também espaço para instauração do incidente de inconstitucionalidade: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 101.835/GO, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 24.4.2012, DJe 22.5.2012; STJ, 1ª Turma, REsp 915.309/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 28.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 261; e STJ, 2ª Turma, REsp 879.895/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 17.4.2007, DJ 30.4.2007, p. 306.

A hipótese, no entanto, não se confunde com a de o órgão fracionário deixar de aplicar a norma ao caso concreto, reputando-a inconstitucional, sem, contudo, declará-la formal, expressa ou fundamentadamente, de acordo com o procedimento dos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. Neste sentido: STF, 2ª Turma, RE-AgR 463.278/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 14.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 80; STF, 1ª Turma, REAgR 464.150/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 9.5.2006, DJ 2.6.2006, p. 13; STJ, 1ª Turma, REsp 1.042.087/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 12.8.2008, DJe 27.8.2008; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 847.155/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 6.9.2007, DJe 7.2.2008; STJ, 2ª Turma, REsp 745.970/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, j.un. 12.6.2007, DJ 6.8.2007, p. 476; e STJ, 1ª Turma, REsp 619.860/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 3.5.2007, DJ 17.5.2007, p. 198. A orientação acabou sendo consagrada na Súmula Vinculante 10 do STF, que tem o seguinte enunciado: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Também para estas hipóteses, não há como dispensar o *procedimento* dos arts. 480 a 482, sob pena de *nulidade* do acórdão respectivo (v. n.1,

*supra*). A orientação vem sendo observada pelas decisões mais recentes do STJ: CE, AgRg no REsp 899.302/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.9.2009, DJe 8.10.2009; 2ª Turma, REsp 938.839/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 5.4.2011, DJe 29.4.2011; 1ª Turma, AgRg no REsp 1.209.414/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 16.11.2010, DJe 17.12.2010; e foi, mais recentemente, reiterada pelo próprio STF na Rcl 12.087/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 1º.8.2013, DJe 5.8.2013.

O parágrafo único do art. 481 dispensa a instauração do incidente nos casos em que especifica e que merecem exame apartado, tarefa realizada pelo n. 5, *infra*.

#### **4. “TRIBUNAL PLENO”**

Por “tribunal pleno”, expressão empregada na parte final do *caput* do art. 481, deve ser entendido o órgão competente para apreciar e declarar, se for o caso, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do Poder Público, observando-se o disposto no art. 97 da Constituição Federal: “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”. Por “maioria absoluta” deve ser entendida a metade mais um dos julgadores que *compõem* o “tribunal pleno”. É indiferente, para esse cálculo, o número dos presentes na sessão de julgamento.

O “órgão especial”, é o art. 93, XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 45/2004, quem determina, pode ser criado nos Tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, e exercerá as atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do “tribunal pleno”. O órgão especial deverá ser composto de, no mínimo, onze e, no máximo, vinte e cinco membros, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno. Onde ele existir, é o *órgão especial* quem julgará o “incidente de inconstitucionalidade”, desde que esta competência lhe tenha sido delegada por ato do próprio tribunal pleno (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

#### **5. DISPENSA DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE**

De acordo com o parágrafo único do art. 481, acrescentado pela Lei n. 9.756/1998, dispensa-se a instauração do incidente de declaração de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento anterior do plenário do Supremo Tribunal Federal ou do próprio Tribunal acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pertinente ao julgamento. Nessa hipótese, aplica-se, desde logo, a *tese* relativa à inconstitucionalidade da norma ao caso concreto perante o órgão fracionário competente para o julgamento.

Embora de inspiração elogiável, fundada no “princípio da economia e da eficiência processuais” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), a dispensa da instauração do incidente precisa ser recebida com ressalvas pelo intérprete para não agredir, como um todo, o “modelo constitucional do direito processual civil”. Para a demonstração deste ponto de vista, é importante discernir as duas hipóteses previstas no dispositivo aqui examinado.

Em consonância com a primeira delas, o incidente não precisa ser instaurado quando houver prévio pronunciamento do próprio Tribunal (pleno) ou, pelas razões expostas pelo n. 4, de seu órgão especial.

Nessas hipóteses, a aplicação do anterior julgamento (da *tese* relativa à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo) ao caso concreto não agride o “modelo constitucional do direito processual civil” porque se trata de permitir, apenas e tão somente, a adoção de uma técnica de aceleração dos atos procedimentais. A pressuposição da hipótese de incidência do parágrafo único do art. 481 em tais situações é a de que, em determinado momento, o *incidente* de que cuidam os arts. 480 a 482 tenha sido legitimamente instaurado e decidido, dando concretude, assim, ao comando do art. 97 da Constituição Federal (STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 847.155/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 25.8.2009, DJe 31.8.2009; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 872.704/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 11.12.2007, DJ 19.12.2007, p. 1215; e STJ, 5ª Turma, REsp 792.600/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 18.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 349). Mesmo em tais casos, contudo, havendo predisposição para rever o anterior posicionamento do Tribunal ou do órgão especial a respeito do tema, é fundamental a instauração do incidente, nos termos dos dispositivos aqui analisados. É o pleno ou o órgão especial do Tribunal o espaço adequado

para a discussão (e a rediscussão, como ora sugerido) sobre a inconstitucionalidade de uma dada lei ou ato normativo. É esta a opção do “modelo constitucional do direito processual civil”, que, salvante alguma legítima exceção, deve ser observada.

O mesmo, contudo, não pode ser dito, ao menos sem ressalvas, com relação à outra hipótese em que o parágrafo único do art. 481 dispensa a instauração do incidente perante o tribunal pleno ou órgão especial, qual seja, a prévia existência de manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da questão.

Além de o art. 97 da Constituição Federal reservar aos *próprios* Tribunais a competência para declaração da *inconstitucionalidade* de lei ou de ato normativo, as únicas decisões do Supremo Tribunal Federal que têm efeito *vinculante* são as proferidas nas “ações diretas de inconstitucionalidade” e nas “ações declaratórias de constitucionalidade” (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), além de suas Súmulas expedidas nos termos do art. 103-A da Constituição Federal (v. Capítulo 3). Fora destes casos, sem desconsiderar, evidentemente, o efeito persuasivo – embora, por vezes, decisivo – do *precedente* do Supremo Tribunal Federal, não tem ele, para a ordem constitucional vigente, o condão de se *impor* às instâncias inferiores.

Assim, para evitar qualquer agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil”, importa distinguir em que sede se verificou o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que reclama incidência no caso concreto. Se o julgamento daquele Tribunal tiver efeito *vinculante*, isto é, for de observância *compulsória* pelos demais órgãos jurisdicionais, o caso é de aplicação do parágrafo único do art. 481, dispensando-se a necessidade de instauração do incidente. O mesmo pode ser dito quando, mercê de prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal tiver editado a Resolução a que se refere o art. 52, X, da Constituição Federal, determinando a retirada da norma jurídica reputada inconstitucional do ordenamento jurídico, verdadeiro “efeito *anexo*” da manifestação daquele Tribunal, na forma discutida pelo n. 10 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I. (Sobre o assunto, v.: Teori Albino Zavascki,

*Eficácia das decisões na jurisdição constitucional*, p. 30-31 e 153-154, e Ovídio Baptista da Silva, *Sentença e coisa julgada*, p. 108.)

Caso contrário, contudo, a não adoção daquele procedimento não pode resultar de uma *imposição*, muito menos de fundamento legal, mas, antes e bem diferentemente, de um juízo de conveniência a ser feito pelo próprio Tribunal *a quo*, que *poderá* (no sentido de mera *faculdade*) adotar, ou não, o precedente do Supremo Tribunal Federal, para dar solução aos casos que lhe são submetidos para julgamento. O imperativo negativo que se lê do parágrafo único do art. 481 (“não submeterão”) deve ceder espaço, portanto, à interpretação que compatibiliza os diversos princípios e demais componentes do “modelo constitucional do direito processual civil” a serem aferidos em cada caso concreto.

Sobre a *faculdade* de instaurar, ou não, o incidente, o Tribunal revelará a sua tendência de observar o que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal ou não. Se *acolher* o quanto julgado por aquele Tribunal, não podem ser deixadas de lado as considerações expostas pelo n. 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 quanto ao entendimento exteriorizado mais recentemente no Supremo Tribunal Federal de emprestar às decisões por ele proferidas caráter *vinculante* ou, quando menos, *transcendente*, em relação aos demais órgãos jurisdicionais. Trata-se do que o Ministro Gilmar Mendes, em diversas oportunidades, vem chamando de *objetivação* do controle de constitucionalidade, mesmo quando realizado, como importa para os fins presentes, em sede *difusa*, *concreta*, *incidental*. É como se precisassem ser rompidas, vez por todas, as clássicas e costumeiras distinções entre as características do “controle *objetivo*” e do “controle *subjetivo*” da constitucionalidade (v., por todos, a decisão monocrática que o Ministro Gilmar Mendes proferiu na Rcl 4.335/AC, DJ 25.8.2006, p. 76). A tendência, embora receba a adesão deste *Curso*, deve ser recebida, com o devido respeito, *de lege ferenda*, como *guia* para uma modificação do “modelo constitucional do direito processual civil”, no que ele pode ser objeto de alteração; não *de lege lata*. A tese, ademais, não recebe adesão pacífica do Plenário do Supremo Tribunal Federal, como expressamente foi reconhecido por aquele órgão jurisdicional no julgamento do Agravo Regimental na Rcl 12.600/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un.

17.11.2011, DJe 7.12.2011. Ademais, não está concluído o julgamento da referida Rcl 4.335/AC.

Não há, portanto, como interpretar o parágrafo único do art. 481 como se, em todo e qualquer caso, qualquer pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal *vinculasse* o entendimento dos demais órgãos jurisdicionais, tornando desnecessária a instauração do incidente exigido não só pelos arts. 480 e 481 mas, superiormente, pelo próprio art. 97 da Constituição Federal. A sua dispensa é legítima quando, desde a Constituição Federal, a manifestação do Supremo Tribunal Federal tiver efeitos vinculantes, assim quando ela emanar do controle *concentrado* da constitucionalidade ou de súmulas que tenham aquela característica. Em todos os demais casos, cabe ao próprio órgão fracionário constatar se o caso concreto reclama, ou não, a instauração do incidente. Se a tendência for a de observar o precedente do Supremo Tribunal Federal, ele é desnecessário. Na hipótese inversa, ele será instaurado com observância das considerações aqui feitas para que o órgão do Tribunal, constitucionalmente competente para tanto, decida sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, contudo, tem se manifestado enfaticamente no sentido da constitucionalidade da dispensa de instauração do incidente quando já houver prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal sem as ressalvas que ocupam os parágrafos anteriores. É o que se lê, por exemplo, dos seguintes precedentes: STF, 2ª Turma, RE-AgR 491.653/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 8.5.2012, DJe 21.5.2012; STF, 1ª Turma, RE-AgR 440.458/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 19.4.2005, DJ 6.5.2005, p. 25, e STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 760.305/SC, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 13.11.2007, DJ 26.11.2007, p. 154.

Em qualquer caso, porém, desde que o órgão fracionário deixe de instaurar o incidente de inconstitucionalidade, impõe-se que o anterior acórdão em que o Plenário ou o órgão especial teve oportunidade de decidir acerca da *inconstitucionalidade* da lei ou do ato do Poder Público seja juntado aos autos. É assente, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que esse acórdão (integral) é peça essencial para julgamento de eventual recurso extraordinário a ser interposto pelo interessado, viabilizando, com a

sua juntada, o contraste da tese relativa à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em questão (v. n. 3.2 do Capítulo 11 da Parte I). Neste sentido: STF, 1ª Turma, RE-AgR 158.540/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 6.4.1993, DJ 23.5.1997, p. 21735, e STF, 2ª Turma, RE-AgR 192.882/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 17.11.1995, DJ 16.2.1996, p. 3015. É como se o acórdão que resolve o incidente de inconstitucionalidade passasse a fazer parte do acórdão que julga o recurso, o que se afina ao procedimento disciplinado pelos arts. 480 e 481 (v. n. 7, *infra*), razão pela qual é ônus do recorrente juntar, aos autos, o acórdão em que se declarou a inconstitucionalidade, mesmo nos casos em que há dispensa de manifestação do pleno ou do órgão especial, para viabilizar o recurso extraordinário (STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 932.369/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 23.10.2007, DJ 22.11.2007, p. 234).

## 5.1.Oitiva do Ministério Público

Questão interessante que a atual redação do parágrafo único do art. 481 põe é quanto à necessidade de oitiva do Ministério Público nos casos em que não há necessidade de encaminhamento do incidente para deliberação perante o tribunal pleno ou, se for o caso, o órgão especial.

Diferentemente de outros dispositivos do Código de Processo Civil, como, por exemplo, o parágrafo único do art. 120 e o art. 557, *caput*, e § 1º-A, o parágrafo único do art. 481 *não trata* da atuação *monocrática* do relator. Tão somente *dispensa* a instauração do incidente quando o Supremo Tribunal Federal ou o *próprio* Tribunal já tiverem se manifestado acerca *da mesma* questão constitucional nas condições discutidas pelo n. 5, *supra*. Assim, considerando que a oitiva do Ministério Público se dá *antes* da remessa do feito ao Plenário ou ao órgão especial, isto é, verifica-se ainda no âmbito do órgão fracionário a que pertence o relator, quanto à necessidade, ou não, de instauração do incidente, ela *não pode ser* dispensada.

Prevalece, destarte, mesmo diante do novo parágrafo único do art. 481, a regra constante do art. 480 sobre a *necessária e prévia* manifestação do Ministério Público acerca da questão constitucional. Até como forma, de ser *pluralizado*, na maior medida possível, o debate acerca daquela questão para colher do Ministério Público, que, para tais fins, atua na qualidade de

fiscal da lei, a sua própria opinião sobre se o caso reclama, ou não, a formação do incidente ou se a hipótese é de dispensa da *necessidade* de sua formação diante da ocorrência das hipóteses do dispositivo, levando em consideração as questões aventadas pelo n. 5, *supra*.

## 6. PROCEDIMENTO

Uma vez admitida a instauração do incidente de inconstitucionalidade, lavrando-se o acórdão exigido pelo art. 481, *caput*, o art. 482, *caput*, determina que cópia sua seja enviada a todos os julgadores que compõem o tribunal pleno ou, se for o caso, o órgão especial. Ainda de acordo com o mesmo dispositivo, o Presidente do Tribunal designará data para julgamento do incidente, quando serão observadas as regras codificadas (arts. 547 a 565) e as regimentais respectivas.

### 6.1. Contraditório

Os três parágrafos do art. 482 foram acrescentados pela Lei n. 9.868/1999, que regula o procedimento da “ação direta de inconstitucionalidade” e da “ação declaratória de constitucionalidade”. Seguindo a mesma diretriz de ambas (arts. 7º, § 2º, e 20, § 1º, respectivamente, da Lei n. 9.868/1999), aqueles dispositivos admitem amplo *contraditório* no incidente *já instaurado* pela manifestação não só dos editores do ato questionado (art. 482, § 1º), mas, também, de órgãos públicos e privados representativos e com legitimidade para instauração do controle *abstrato* e *direto* de lei ou ato normativo do Poder Público perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103 da Constituição Federal), nos termos do § 2º do art. 482. Em se tratando de lei ou ato estadual ou local, correto o entendimento de que os órgãos e entidades legitimados pelas Constituições estaduais para as “ações diretas de inconstitucionalidade”, nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, possam também desempenhar a *mesma* função no âmbito do incidente de inconstitucionalidade.

Em busca da colheita do maior número de informações possíveis e desejáveis para *bem* decidir acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado, o § 3º do art. 481 admite que o relator do incidente determine a prévia oitiva de outros órgãos ou entidades, mesmo que não detenham legitimidade para o controle abstrato de

constitucionalidade. Tudo a depender da relevância da matéria e da representatividade das partes envolvidas no incidente. Esse “interveniente” – mais um exemplo seguro de que o sistema processual civil adotou, dentre as diversas formas de intervenção de terceiros, a figura do *amicus curiae* (v. n. 3 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I) –, tem a função de expor sua opinião acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Encarece a *necessidade* da oitiva do maior número de pessoas interessadas e com *representatividade adequada* quando da instauração do incidente de inconstitucionalidade a circunstância de que, para os fins do parágrafo único do art. 481, é dispensável *nova* instauração do incidente quando houver prévia manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do próprio Tribunal. Assim, para que a decisão do Plenário ou do órgão especial seja a mais adequada, correta, representativa e plural possível (em uma palavra: *democrática*), deve o relator permitir o ingresso e, mesmo de ofício, determinar a oitiva do maior número possível de pessoas, entidades ou órgãos, que possam vir a ser afetados futuramente pelo *precedente* que está por ser estabelecido. Trata-se do mesmo contexto jurídico ao qual se volta o n. 3 do Capítulo 3 acerca das súmulas dos Tribunais, tenham, ou não, caráter *vinculante* e, mais amplamente, com relação à definição dos casos que têm, ou não, repercussão geral para fins de recurso extraordinário (v. n. 3.5 do Capítulo 11 da Parte I) e aos julgamentos dos “recursos especiais *repetitivos*” (v. n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I).

Diferentemente do que ocorre com as intervenções tratadas nos §§ 1º e 2º, *voluntárias*, isto é, o Ministério Público, os editores da norma questionada, bem assim os órgãos ou entidades que detêm legitimidade para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, ingressam, *querendo*, no incidente de que trata o art. 480, no caso do § 3º do art. 482 é o relator quem *determina* a intervenção do *amicus curiae* quando presentes os pressupostos autorizadores contidos no dispositivo. Trata-se, neste caso, de intervenção *provocada*, em conformidade com a proposta classificatória apresentada pelo n. 2.3 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

Levando em conta essa distinção e o fato de que o Ministério Público intervém *obrigatoriamente* no incidente de inconstitucionalidade *antes mesmo* de sua instauração (art. 480), não há espaço para entender que uma

nova manifestação sua, para os fins do § 1º do art. 480, seja obrigatória. Se o órgão do Ministério Público oficiante perante o Tribunal pleno ou órgão especial pretender manifestar-se no feito, ele o fará, observando-se o que cada Regimento Interno de Tribunal dispuser a esse respeito.

## 7. JULGAMENTO

Uma vez julgado o incidente pelo Pleno ou pelo órgão especial, declarando-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato do Poder Público, o acórdão respectivo deverá ser encaminhado para o órgão fracionário que o suscitou, que se limitará a aplicar a tese, tal qual decidida, ao caso concreto. A aplicação da orientação fixada previamente no Supremo Tribunal Federal (sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 5, *supra*) pelo plenário ou pelo órgão especial, neste sentido, *vincula* o órgão fracionário, que não pode “rejulgar” o que já foi decidido quanto à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Até porque não tem ele competência para o julgamento à luz do art. 97 da Constituição Federal. O órgão fracionário limita-se a aplicar o resultado da *tese jurídica* ao caso concreto.

Nos casos em que se observar o disposto no parágrafo único do art. 480, dispensando-se a instauração do incidente de inconstitucionalidade (sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 5, *supra*), o órgão fracionário também deverá limitar-se a aplicar, ao caso concreto, o precedente do Supremo Tribunal Federal ou do pleno ou órgão especial, porque a hipótese também é, aqui, de *vinculação* (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.063.022/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 10.2.2009, DJe 25.3.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 895.297/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 19.6.2007, DJ 28.6.2007, p. 882; e STJ, 1ª Turma, REsp 844.136/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 17.5.2007, DJ 31.5.2007, p. 374).

A Corte Especial do STJ, contudo, já entendeu dispensável o reenvio dos autos ao órgão fracionário quando o único fundamento da demanda for a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo, cabível, desde logo, a manifestação do plenário ou, como no caso, do órgão especial, em nome do que este *Curso* chama de “princípio da economia e da eficiência processuais” (STJ, CE, EDcl na AI no RMS 1.178/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j.m.v. 31.8.1995, DJ 9.10.1995, p. 33505). A solução

adotada merece acolhida, mormente à luz do § 1º do art. 555, que, também em nome de um interesse público maior, admite *legitimamente* a assunção da competência de um órgão por outro do *mesmo* Tribunal com vistas ao atingimento do comando do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no reconhecimento da *irrecorribilidade* do acórdão relativo ao enfrentamento da *questão constitucional* pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial. Considerando que o julgamento da *tese* relativa à constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo precisa ser *aplicado ao caso concreto* pelo órgão julgador competente (o que decide pela instauração do incidente em função do art. 481, *caput*; v. n. 2, *supra*), o julgamento do pleno ou do órgão especial não tem força jurídica suficiente e, pois, aptidão, para causar qualquer prejuízo a qualquer dos litigantes. É o que se extrai da Súmula 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário 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”, orientação que prevaleceu, mais recentemente, no julgamento do REsp 866.997/PB, pela 1ª Turma do STJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.6.2009, DJe 5.8.2009.

Além dos recursos mencionados expressamente no enunciado, deve-se entender que somente do acórdão que julgar a causa – que aplica *concretamente*, destarte, a orientação fixada no incidente – é que caberá, se o caso, recurso especial a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acerca da recorribilidade do acórdão que *aplica* a decisão do plenário ou do órgão especial, existem duas outras Súmulas do STF que merecem menção. De acordo com a Súmula 293, “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais”. Segundo a Súmula 455, “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”. Ambos os enunciados devem ser entendidos no sentido de que recorível é sempre a decisão proferida pelo órgão fracionário que julga *concretamente* a causa (a “ação originária” ou o “recurso”), consoante estejam presentes os seus respectivos pressupostos. Nunca o acórdão proferido pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial no âmbito do incidente de inconstitucionalidade que

decide, em abstrato, a questão relativa à (in)constitucionalidade da regra jurídica.

Dada a sua finalidade, contudo, não há razão para afastar do acórdão que julga o incidente o cabimento dos embargos de declaração que visam, como expõe o Capítulo 8 da Parte I, o esclarecimento ou a complementação da decisão tal qual proferida, e não, propriamente, a sua reforma ou modificação.

Também eventual “ação rescisória” caberá do acórdão que *aplica* o resultado do julgamento do incidente ao caso concreto, e não da manifestação do tribunal pleno ou de seu órgão especial, não obstante a firme convicção de Egas Moniz de Aragão (Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal, p. 141-150) no sentido de que a competência para a rescisória é do órgão julgador do próprio incidente de inconstitucionalidade. Em tais casos, quando a rescisória fundamentar-se no art. 485, V, é correto o entendimento de que o acórdão que declarou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo deve ser juntado aos autos, viabilizando o escorreito reexame das razões que levaram o pleno ou o órgão especial a entendê-lo inconstitucional, a exemplo do que se verifica para fins de recurso extraordinário (v. n. 5, *supra*).

# CAPÍTULO 5

## Homologação de sentença estrangeira

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os arts. 483 e 484 disciplinam o procedimento que deve ser observado para a homologação de sentença estrangeira, isto é, dispõem sobre as regras a serem seguidas para a constatação de que uma decisão jurisdicional proferida por outro país pode surtir seus efeitos no território nacional. A competência para tanto é do Superior Tribunal de Justiça, novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu uma alínea “i” no inciso I do art. 105 da Constituição Federal revogando a alínea “h” do inciso I do art. 102 da mesma Carta que reconhecia, de acordo com a tradição brasileira estabelecida desde a Lei n. 221/1894, aquela mesma competência ao Supremo Tribunal Federal.

É de certa forma didático, neste sentido, o art. 4º da Resolução n. 9/2005 do STJ, que regulamenta, para os fins do parágrafo único do art. 483, o tema (v. n. *infra*): “A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente”.

A incidência da nova regra é imediata, devendo ser observada desde a publicação da EC n. 45/2004, que se deu em 31 de dezembro de 2004, não se aplicando, à espécie, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 87; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), conforme decidiu reiteradamente, sobre a específica hipótese, o STF (SEC 5.778/EU, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.2.2005, DJ 24.2.2005, p. 295, e SEC 6.282/UK, rel. Min. Ellen Gracie, j. 3.2.2005, DJ 21.2.2005, p. 13). Assim, todos os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras pendentes de apreciação naquele Tribunal quando da promulgação da EC n. 45/2004, contestados ou não, foram corretamente enviados ao STJ, que passou a deter, desde então, competência para sua apreciação, com exclusividade.

O “pedido de homologação de sentença estrangeira”, de acordo com a doutrina tradicional, é verdadeira “ação”, já que significa o rompimento da inércia do Estado-juiz (brasileiro) para determinado fim, que se desenvolve mediante regular “processo”. Pelas razões expostas pelo n. 2 da Introdução, esta concepção não atrita com aquela proposta por este *Curso* e, por isto mesmo, é acolhida com as mesmas ressalvas lá feitas. Assim, sem prejuízo das exigências específicas, os demais temas relativos às “condições da ação” e aos “pressupostos processuais” devem ser observados, o que, contudo, não coloca nenhuma questão digna de destaque nesta sede.

Para cá, importa dar relevo ao *procedimento* que este *processo* de competência originária do Superior Tribunal de Justiça deve observar.

## **2. APLICAÇÃO NECESSÁRIA DO REGIMENTO INTERNO DO STJ**

De acordo com o parágrafo único do art. 483, o *procedimento* da homologação de sentença estrangeira seguirá o que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Embora esse Regimento Interno não tenha, no sistema constitucional vigente desde 5 de outubro de 1988, *status* de lei, não há qualquer inconstitucionalidade em que ele, *por autorização legislativa* expressa, discipline determinados *procedimentos*, como o que ocupa o Capítulo presente (v. n. 1.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). A referência que o Código de Processo Civil faz ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deve ser lida à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, razão suficiente para entendê-la feita ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Com a nova competência que lhe foi reconhecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça expediu a Resolução n. 22, de 31 de dezembro de 2004, segundo a qual, até ulterior deliberação daquele Tribunal, deveriam ser adotadas as normas regimentais do Supremo Tribunal Federal relativas ao procedimento da homologação das sentenças estrangeiras e na concessão de *exequatur* a cartas rogatórias.

Tal manifestação corporificou-se na Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, que “dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004”. Esta

Resolução, *substituindo* as antigas disposições do RISTF, passou a regular as normas procedimentais relativas à homologação de sentenças estrangeiras, assunto para o qual se volta o presente Capítulo, e à concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, tema relativo à comunicação e ao lugar dos atos processuais, ao qual se volta o n. 4.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1. A precitada Resolução tem vigência, é o que se lê de seu art. 1º, até que o Plenário do Superior Tribunal de Justiça aprove novas disposições regimentais a respeito do tema aqui examinado.

### **3. EXIGÊNCIAS PARA HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA**

O art. 6º da Resolução n. 9/2005 impede a homologação de sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública. O art. 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, semelhantemente, dispõe que: “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Esta já era a diretriz exigida pelo art. 216 do RISTF.

A Súmula 381 do STF, segundo a qual “Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais”, é prova da recusa de homologação de sentença estrangeira quando há fraude à legislação brasileira – violação à ordem pública, portanto –, *in casu*, ao art. 7º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É essa a razão pela qual deve ser indeferido o pedido de homologação de sentença estrangeira que anulou casamento realizado no Brasil, mesmo quando os cônjuges tenham domicílio fora do país, diante do que dispõe o § 1º do art. 7º da LINDB (STJ, CE, SEC 1.303/EX, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5.12.2007, DJ 11.2.2008, p. 1).

O art. 5º da Resolução n. 9/2005 indica os requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira, a saber: (a) haver sido proferida por autoridade competente; (b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (c) ter transitado em julgado; e (d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil. Sobre esta última exigência, importa

destacar que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu que ela deve ser interpretada de acordo com as Normas de Serviço Consular e Jurídico (NSCJ) do Ministério das Relações Exteriores, consolidadas no Manual de Serviço Consular e Jurídico (MSCJ), a Instrução de Serviço n. 2/2000, do referido Ministério (SEC 587/EX, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 11.2.2008, DJ 3.3.2008, p. 1).

É correto, à luz do precitado art. 5º, o indeferimento do pedido de homologação de sentença estrangeira quando o processo no qual ela foi proferida não observou as garantias mínimas, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil *brasileiro*”. Assim, dentre outras, as seguintes decisões, que não homologaram a sentença estrangeira por falta de citação válida no Brasil de acordo com as regras nacionais: STJ, CE, SEC 200/EX, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.un. 30.6.2006, DJ 14.8.2006, p. 246; e STJ, CE, SEC 568, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 19.12.2005, DJ 13.3.2006, p. 169. A exigência, contudo, é dispensada quando o pedido de homologação é formulado pelo réu do processo de origem (STJ, CE, SEC 5.736/EX, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 24.11.2011, DJe 19.12.2011).

A Súmula 420 do STF, em consonância com o que dispunha o art. 217, III, do RISTF, dispõe que “Não se homologa sentença estrangeira proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado”. Trata-se da mesma diretriz a ser observada pelo STJ em função do que dispõe o inciso III do art. 5º da precitada Resolução do STJ, ressalvando-se, contudo, as hipóteses em que se trata de “tutela de urgência” (v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), a ser cumprida em território brasileiro, quando o *exequatur* da medida respectiva não poderá, por este fundamento, ser negado, sob pena de agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil”. Neste sentido, embora tratando de tema afeito ao direito *penal* internacional, v.: STJ, CE, CR 438/EX, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 15.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 224. A mesma diretriz deve também ceder espaço quando o pedido fundamentar-se em Convenção ou ato normativo firmado entre o Brasil e outro país que admite a homologação *antes* do trânsito em julgado. Foi o que a Corte Especial do STJ decidiu na SEC 651/FR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 16.9.2009, DJe 5.10.2009, mencionando o Decreto n. 3.598/2000, que promulga o acordo de cooperação em matéria civil entre o

governo brasileiro e o francês, cujo art. 18, “c”, dispensa o trânsito em julgado de decisão sobre questão de guarda de menores, para que seja reconhecida no território brasileiro, desde que tenha força executória, como foi reconhecido na espécie.

O art. 5º da Resolução n. 9/2005 não difere substancialmente das alíneas do *caput* do art. 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que arrola os requisitos indispensáveis para que seja “executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro”. Tampouco se distancia do que, sobre o assunto, exigia o art. 217 do RISTF.

O parágrafo único do art. 15 da LICC, que dispensa a homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas, foi *derrogado* pelo art. 483, lei mais recente. Assim, *quaisquer* sentenças oriundas do exterior, *independentemente* de seu conteúdo ou eficácia, devem ser previamente homologadas para que seus efeitos sejam produzidos no território nacional. Neste sentido, deferindo a homologação de sentenças de divórcio proferidas por órgãos jurisdicionais estrangeiros, as seguintes decisões: STJ, CE, SEC 393/US, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 3.12.2008, DJe 5.2.2009; STJ, CE, SEC 2.259/CA, rel. Min. José Delgado, j.un. 4.6.2008, DJe 30.6.2008; STJ, CE, SEC 1.745/EX, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 21.11.2007, DJ 3.12.2007, p. 246; STJ, CE, SEC 421/EX, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 16.5.2007, DJ 3.9.2007, p. 110; e STJ, CE, 530/EX, rel. Min. Nilson Naves, j.un. 6.12.2006, DJ 5.3.2007, p. 243. No caso da SEC 4.403/EX, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.m.v. 1.8.2011, DJe 14.10.2011, e do AgRg na SE 456/JP, j.un. 23.11.2006, DJ 5.2.2007, p. 171, a Corte Especial do STJ homologou a certidão do divórcio consensual expedida pela autoridade administrativa competente no país de origem.

Antes da homologação da sentença estrangeira, tem plena aplicabilidade o art. 90, sendo indiferente para a *justiça brasileira* a existência de *idêntica* demanda em curso ou já julgada perante Tribunal estrangeiro (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I). Do mesmo modo, não é óbice para a homologação a existência, no Brasil, da pendência de demanda idêntica àquela cuja sentença se pretende executar em território nacional. Obstáculo surge quando se homologa a sentença *antes* do julgamento final do processo ou inversamente, isto é, quando decisão proferida no processo que tramita na justiça brasileira transita em julgado *antes* da homologação. Em qualquer

uma dessas duas hipóteses o processo que ainda estiver em curso deverá ser extinto. Em todos os casos, entretanto, é mister que a justiça brasileira seja competente, isto é, tenha *jurisdição*, nos termos dos arts. 88 ou 89 (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I). A orientação foi reiterada pela Corte Especial do STJ no AgRg na SEC 854/US, rel. p./acórdão Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 16.2.2011 e, mais recentemente, na SEC 3.932/GB, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 6.4.2011, DJe 11.4.2011.

É correto, destarte, o indeferimento do pedido homologatório se a hipótese acarreta ofensa à soberania nacional por causa da existência de litispendência ou coisa julgada com processo em curso ou que já foi julgado pelo Judiciário brasileiro: STJ, CE, SEC 819/EX, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 30.6.2006, DJ 14.8.2006, p. 247; STJ, CE, SEC 841/EX, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.un. 15.6.2005, DJ 29.8.2005, p. 134; e STJ, CE, SEC 832/EX, rel. Min. Barros Monteiro, j.un. 15.6.2005, DJ 1º.8.2005, p. 296.

Também quando a hipótese diz respeito ao inventário e à partilha de bens localizados em território nacional, ainda que o autor da herança tivesse domicílio no exterior, por força do disposto no art. 89, II, que reserva, com exclusividade, à *jurisdição* brasileira a competência para a matéria, assunto ao qual se volta o n. 3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I (STJ, CE, SEC 1.032/GB, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 19.12.2007, DJ 13.3.2008, p. 1; e STJ, CE, SEC 843/EX, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 21.3.2007, DJ 28.5.2007, p. 271).

De outra parte, não ofende o art. 89 e, conseqüentemente, a ordem pública nacional, a homologação de sentença estrangeira que se limita a ratificar acordo das partes sobre imóvel localizado em território nacional (STJ, CE, SEC 421/EX, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 16.5.2007, DJ 3.9.2007, p. 110; STJ, CE, SEC 979/EX, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 1.8.2005, DJ 29.8.2005, p. 134; e STJ, CE, SEC 878/EX, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 18.5.2005, DJ 27.6.2005, p. 203).

De acordo com o § 2º do art. 4º da Resolução n. 9/2005, é viável a homologação *parcial* da sentença estrangeira.

## **4. PROCEDIMENTO**

O procedimento da homologação de sentença estrangeira está regulado na mesma Resolução n. 9/2005 do STJ.

A parte interessada deverá requerê-la ao Presidente do STJ (art. 2º da Resolução n. 9/2005) em petição que contenha os elementos do art. 282 do CPC, instruindo o requerimento com certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos que se repute indispensáveis. Tudo deverá ser traduzido e autenticado (art. 3º). Não há por que negar aplicação ao art. 284 do CPC sempre que se constatar algum defeito ou irregularidade que dificulte a apreciação do pedido. A rejeição do pedido homologatório depende, neste caso, do escoamento *in albis* do prazo de dez dias para emenda da inicial. O art. 219 do RISTF era expresso neste sentido e, embora seja silente a Resolução n. 9/2005, deve prevalecer a sistemática da lei processual civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I).

Estando em ordem a petição inicial, o Presidente do STJ determinará a citação do requerido para contestar o pedido em quinze dias. À falta de disciplina específica na Resolução n. 9/2005, devem prevalecer as regras relativas à citação do Código de Processo Civil (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I).

A matéria que pode ser arguida em contestação é limitada, de acordo com o art. 9º da Resolução n. 9/2005, ao seguinte: (a) autenticidade de documentos; (b) inteligência (interpretação) da decisão que se pretende homologar; e (c) observância dos requisitos daquela Resolução, com destaque, como não poderia deixar de ser, ao disposto nos seus arts. 5º e 6º (v. n. 3, *supra*).

Apresentada defesa, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator sorteado os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo (art. 9º, § 1º, da Resolução n. 9/2005). Se, citado regularmente, o requerido for revel, ser-lhe-á nomeado curador especial, que será notificado pessoalmente, ocorrendo o mesmo se o réu for incapaz (art. 9º, § 2º, da Resolução n. 9/2005). O Ministério Público, que atuará no caso na qualidade de fiscal da lei (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), terá vista dos autos do processo pelo prazo de dez dias, podendo impugnar o pedido de homologação (art. 10 da Resolução n. 9/2005).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de entender que não cabem honorários advocatícios quando a parte, a despeito de sua citação, não contesta o pedido de homologação de sentença estrangeira, entendendo-se não aplicar, à hipótese, o “princípio da sucumbência” a que se refere o n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 (STJ, CE, SEC 485/EX, rel. Min. Felix Fischer, j.m.v. 5.9.2007, DJ 8.11.2007, p. 155), superando entendimento em sentido contrário (STJ, CE, SEC 63/EX, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 15.2.2006, DJ 27.3.2006, p. 133), que determinava, inclusive, a condenação no pagamento dos honorários advocatícios em prol do curador especial.

O parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 9/2005, do STJ, determina o sobrestamento do pagamento de custas nos processos relativos à homologação de sentenças estrangeiras lá distribuídos a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, até ulterior deliberação daquele Tribunal. A ressalva justificava-se porque, até o advento da Lei n. 11.636/2007, não eram cobradas quaisquer custas nos processos que tramitavam perante o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que se dava no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com o novo diploma legal, a situação alterou-se, sendo devidas custas judiciais na atuação do Superior Tribunal de Justiça, independentemente de se tratar de competência recursal ou, como no caso, originária (art. 1º da Lei n. 11.636/2007). De acordo com o número XXIII da Tabela “B” daquela Lei, é devido o valor de R\$ 100,00 (cem reais) a título de custas relativas ao processo em que se formula o pedido de homologação de sentença estrangeira, devidas quando do protocolo da petição inicial respectiva (art. 9º da Lei n. 11.636/2007).

A Resolução n. 9/2005 do STJ, inovando expressamente a matéria se comparada com o RISTF, admite a concessão de “tutelas de urgência” nos processos voltados à homologação de sentença estrangeira, providência que se compatibiliza plenamente com o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A mesma diretriz é reservada também para as cartas rogatórias, como se lê do parágrafo único do art. 8º do mesmo ato normativo: “A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional”. De todas as decisões monocráticas proferidas pelo

Presidente, incluindo as relativas à “tutela de urgência” – não há razão para excepcioná-las –, cabe “agravo *interno*” (e não *regimental*), segundo o art. 11 da mesma Resolução, a ser processado nos termos dos arts. 258 a 259 do RISTJ (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I).

Do *acórdão* proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do procedimento aqui estudado cabem, consoante estejam presentes seus respectivos pressupostos, embargos de declaração (perante o próprio STJ) e recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Sobre os limites de revisão a serem observados nesta última hipótese, dada a peculiaridade da atuação do Judiciário brasileiro, v. a erudita decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello no AI 650.743/DF, j. 27.5.2009, DJe 3.6.2009.

## **5. ATOS QUE DISPENSAM HOMOLOGAÇÃO PELO STJ**

O § 2º do art. 585 dispensa os títulos executivos extrajudiciais provenientes do estrangeiro de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Sua eficácia em território brasileiro, todavia, depende da observância dos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e da indicação do Brasil como o lugar do cumprimento da obrigação (v. n. 5.9 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3), não havendo, por isso mesmo, usurpação da competência do Tribunal Superior na decisão jurisdicional que reconhece executividade ao título apresentado (STF, Pleno, Rcl-AgR 1.908/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 24.10.2001, DJ 3.12.2004, p. 13). Se não se tratar de *sentença* que conduz à execução nos termos da lei brasileira (art. 475-N), contudo, o caso é de indeferimento do pedido homologatório (STJ, CE, SEC 855, rel. Min. José Delgado, j.un. 4.5.2005, DJ 13.6.2005, p. 154).

O art. 19 do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 192/1995 e promulgado pelo Decreto n. 2.626/1998, dispensa a necessidade de adoção do procedimento regulado pelos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil para cumprimento das medidas cautelares, sendo suficiente que ele se dê por “carta rogatória” expedida pela própria autoridade judiciária do país de origem (v. n. 4.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). A flexibilização daquela norma de “direito

processual *transnacional*” (v. n. 7.5 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), contudo, não autorizava o entendimento quanto à desnecessidade da prévia intervenção do Supremo Tribunal Federal para a concessão do *exequatur* à medida (STF, CR 8.240/AT, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.11.1998, DJ 20.11.1998, p. 29; STF, Pleno, CR-AgR 7.613/AT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 3.4.1997, DJ 9.5.1997, p. 18154), orientação que deve ser observada pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a ter competência para apreciação da matéria. É nesse contexto que deve ser interpretado o parágrafo único do art. 7º da Resolução n. 9/2005, do STJ, segundo o qual “os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto”.

O art. 34 da Lei n. 9.307/1996, a “Lei da arbitragem”, estabelece que a sentença arbitral estrangeira (assim entendida, de acordo com o parágrafo único do dispositivo, a proferida fora do território nacional) terá eficácia no Brasil de acordo com os tratados internacionais assinados pelo governo brasileiro e, na sua ausência, em consonância com os seus arts. 35 a 40. A regra, de acordo com o art. 35, é a de que a sentença arbitral estrangeira seja *também* submetida à homologação perante o STJ, observando-se, subsidiariamente, as regras dos arts. 483 e 484 (art. 36). Confirma esta orientação o art. 4º, § 1º, da Resolução n. 9/2005 do STJ, segundo o qual “serão homologados os provimentos não judiciais, que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença”. Neste sentido, deferindo o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira: STJ, CE, SEC 507/EX, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 18.10.2006, DJ 13.11.2006, p. 204; e STJ, CE, SEC 874/EX, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 19.4.2006, DJ 15.5.2006, p. 142.

## **6. COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO**

Uma vez homologada a sentença estrangeira pelo Presidente do STJ (quando não houver contestação) ou pela Corte Especial (quando houver contestação), sua execução se dará por *carta de sentença* extraída dos autos respectivos (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3). O art. 475-N, VI, indica a “sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de

Justiça”, como título executivo *judicial* (v. n. 4.6 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3). No entanto, nem sempre se tratará necessariamente de *execução* propriamente dita. Pode ocorrer que a sentença homologada não seja, para empregar a nomenclatura tradicional, de natureza *condenatória*, apta a inaugurar *execução* no sentido técnico. Pode se tratar de sentença meramente *declaratória* ou *constitutiva* cuja “execução”, isto é, *efetivação prática*, deverá ser feita *também* por carta de sentença. Assim, por exemplo, a necessidade de se proceder a algum registro ou ato similar.

Uma vez homologada a sentença estrangeira, para que ela surta seus regulares efeitos no território nacional, o réu deverá ser *citado* para a liquidação, isto é, para acompanhar, em contraditório, a identificação do valor devido ou, se for o caso, desde logo, para o seu cumprimento (art. 475-N, parágrafo único; v. n. 4.8 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3), o que dá ensejo à formação de um *novo* processo perante a Justiça Federal (art. 109, X, da Constituição Federal e art. 12 da Resolução n. 9/2005 do STJ; v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), que não se confunde com o processo que teve trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça e se voltou, única e exclusivamente, ao reconhecimento de que os efeitos daquela decisão eram aptos para ser sentidos no Brasil.

## **7. CARTA DE SENTENÇA**

O art. 484, repetido pelo art. 12 da Resolução n. 9/2005 do STJ, impõe que a execução da sentença estrangeira homologada seja feita por “carta de sentença”.

De acordo com o art. 307 do RISTJ, o pedido de extração de carta de sentença será dirigido ao Presidente do STJ ou, parece lícita esta conclusão, ao relator, nos casos em que o processo houver sido distribuído à Corte Especial.

### **7.1. Elementos da carta de sentença**

O art. 308 do RISTJ dispõe que a carta de sentença será formada pelas peças exigidas pela lei processual, sem prejuízo de o requerente indicar outras. Todas as peças serão autenticadas pelo funcionário encarregado e

pelo Diretor-geral da Secretaria, e a carta assinada pelo Presidente ou relator, conforme o caso.

É o art. 475-O, § 3º, do Código de Processo Civil, na redação da Lei n. 11.232/2005, que trata das peças *necessárias* para formação de cartas de sentença, assim entendidos os “autos” em que se dá a “execução” (realização prática) dos atos jurisdicionais. A regra deve ser adaptada para a hipótese ora estudada, considerando que a homologação de sentença estrangeira não pode ser compreendida como “execução *provisória*” (art. 475-I, § 1º; v. n. 1 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3), pelo que é descabido, por exemplo, instruir a carta de sentença com a “certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo” (art. 475-O, § 3º, II). A carta de sentença é exigida para a *execução* da sentença estrangeira homologada porque os autos em que a homologação tem curso permanecem no STJ.

As peças necessárias para a carta de sentença são as seguintes: (a) autuação; (b) petição inicial e procuração das partes; (c) contestação (se houver); (d) decisão exequenda; e (e) respectiva homologação. Todas as peças deverão ser acompanhadas da tradução constante dos autos do pedido de homologação até por força do que dispõe o art. 156 do CPC (v. n. 4.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Por força do que dispõe o art. 475-O, § 3º (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3), e, de forma ainda mais ampla, o art. 365, IV (v. n. 2.2 do Capítulo 5 da Parte IV do vol. 2, tomo I), não há como recusar poder o próprio advogado declarar autênticas as peças formadoras da carta de sentença, sobrepondo-se, os dispositivos legais, ao que é exigido pelo art. 308 do RISTJ.

---

# **Parte II**

## **SUCEDÂNEOS RECURSAIS**

# CAPÍTULO 1

## Ação anulatória

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 486 cuida de hipótese que não deve ser confundida com a “ação rescisória”. O art. 486, diferentemente do que é regulado pelo art. 485, cuida de “ação *anulatória*”, para fazer uso da expressão consagrada (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), de atos que não dependem de sentença e cuja apreciação jurisdicional é meramente homologatória. O verbo *rescindidos* utilizado no dispositivo deve ser entendido como *anulados* ou, ainda, declarados *nulos*. Os “atos judiciais” lá referidos, por sua vez, devem ser entendidos como atos das partes que são praticados em juízo e lá homologados.

O que se impugna mediante o uso da “ação anulatória” prevista nesse dispositivo de lei não é o ato jurisdicional em si mesmo considerado (decisão interlocutória, sentença ou acórdão) mas, diferentemente, o ato praticado entre as partes e meramente homologado judicialmente.

Constatada a ocorrência de eventual vício no ato de direito material praticado pelas partes e pretendendo-se impugná-lo, o caminho processual adequado é o da “ação anulatória”, descabida a “ação rescisória”. Diferentemente, quando o vício repousar no próprio ato jurisdicional e o que se pretender for extirpá-lo do ordenamento jurídico, o veículo processual adequado é a “ação rescisória”, desde que presente pelo menos uma das hipóteses do art. 485 (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II).

É esta a razão pela qual o art. 486 faz referência a que a “rescisão”, isto é, a *invalidação*, dar-se-á “como os atos jurídicos em geral”. É dizer: os fundamentos de *invalidação* dos atos praticados pelas partes em juízo são os mesmos de *quaisquer* atos de direito material. Não coincidem, assim, com os fundamentos do art. 485. Mas também não se limitam, de qualquer sorte, às invalidações regidas pelo direito *civil* (assim, por exemplo, os arts. 138 a

184 do Código Civil), não obstante a redação restritiva do dispositivo. Também as regras de direito público podem ser fundamentais para identificar vício de ato praticado pela parte em juízo, como, por exemplo, o disposto nos arts. 2º a 4º da Lei n. 4.717/1965, a “Lei da ação popular” (STJ, 1ª Turma, REsp 450.431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.9.2003, DJ 20.10.2003, p. 185) ou, ainda, os arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429/1992, a “Lei da probidade administrativa”. Também as leis regentes do direito processual civil podem dar supedâneo à invalidação de atos praticados pelas partes no plano do processo, como, por exemplo, discute o n. 3 do Capítulo 6 da Parte V do vol. 3 a propósito da *extinção* da fase (ou processo) executiva nos termos dos arts. 794 e 795.

Para todos os fins, é como se estivesse escrito no dispositivo aqui examinado: os atos das partes, que não dependem de sentença ou em que esta é meramente homologatória, podem ser reconhecidos nulos ou anulados como os atos jurídicos em geral.

A “ação anulatória” não tem, por isto mesmo, nenhuma peculiaridade, em si mesma considerada, que reclamaria tratamento diverso. A medida nem sequer deveria ser estudada dentre os “sucedâneos recursais” ou, mais amplamente, dentre as técnicas de controle a *decisões jurisdicionais*, porque, em rigor, por ela não se pretende *diretamente* o contraste de nenhuma decisão proferida pelo juiz que apenas de forma *indireta*, verdadeiramente *reflexa*, acaba sendo extirpada do ordenamento jurídico porque insubsistente diante do reconhecimento do vício do ato praticado pelas partes que a ela subjaz. O destaque de seu exame, contudo, é justificável porque a sua previsão no art. 486, ao lado da “ação rescisória”, é fonte constante de inquietações e dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. De resto, sua localização na Parte III deste volume, não obstante o tom deste parágrafo, justifica-se por força do que expõe o n. 2 da Introdução.

O art. 486 cuida de uma demanda na qual o autor pretende obter tutela jurisdicional “não executiva” (“declaratória” ou “constitutiva”, de acordo com a classificação tradicional; v. ns. 8.5.1 e 8.5.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), consistente em reconhecer algum vício em ato seu, da outra parte ou de ambas, praticado em juízo e homologado, isto é, tido como apto para surtir seus regulares efeitos, jurisdicionalmente. É esta a razão por que este *Curso* opta por estudá-la ao lado dos demais “sucedâneos recursais”, e não

ao lado da “ação rescisória”, que, vale a ênfase, com ela não se confunde, não obstante a proximidade de sua previsão no Código de Processo Civil.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O art. 486 prevê duas hipóteses de atos passíveis de anulação. Atos que não dependem de “sentença” e atos em que ela é *meramente* homologatória. Ambos os casos dizem respeito a atos praticados pelas partes em juízo e que necessitam ou não de pronunciamento judicial para surtir seus regulares efeitos, respectivamente.

Para os atos que independem de “sentença”, assim entendida qualquer manifestação jurisdicional a seu respeito fora dos lindes do art. 162, § 1º (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte I), o veículo processual apto para retirá-los do ordenamento jurídico é a “ação anulatória” do art. 486. José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 159) dá os seguintes exemplos desses atos: “a outorga de poderes em procuração passada nos autos, a renúncia ao direito de recorrer, a aceitação expressa da decisão, a desistência de recurso e, de modo geral, as declarações de vontade das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam”.

Os atos *meramente* homologatórios não devem, de seu turno, ser entendidos como uma diferente categoria de atos jurisdicionais. A uma, porque os atos passíveis de anulação ou declaração de nulidade com fundamento no art. 486 são atos das *partes*, e não ato do magistrado em si mesmo considerado. A duas, porque não existe qualquer distinção a ser traçada entre os atos que são homologatórios e os que são *meramente* homologatórios. Tanto assim que é bastante corrente o entendimento de que a “ação anulatória” do art. 486 pressupõe o proferimento de uma decisão jurisdicional de caráter apenas formal, que se limite a verificar o cumprimento de formalidades *extrínsecas* do ato que se pretende questionar, e por esta razão é que a decisão é *meramente homologatória*. Fosse diferente, caso a decisão jurisdicional fosse decisiva para a própria existência do ato, se analisasse o direito das partes para reconhecê-lo a uma e não a outra, a hipótese seria, desde que presentes os seus respectivos pressupostos, de “ação rescisória”, nos termos do art. 485. Neste caso, diferentemente daquele, a hipótese seria de proferimento de decisão de *mérito*, apta, por isto mesmo, a transitar em julgado e, consoante o caso, a

ser *rescindida*. Neste sentido, referindo-se à “homologação dos cálculos” prevista no art. 475-B (v. n. 7 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3): STJ, 2ª Turma, REsp 717.977/MT, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 6.3.2007, DJ 19.3.2007, p. 306.

Para a segunda hipótese prevista no art. 486 surge, no entanto, uma dificuldade. Os mais comuns atos homologatórios são os que reconhecem a “desistência da ação”, o “reconhecimento do pedido”, a “transação” ou a “renúncia à pretensão”. À exceção do primeiro (arts. 158, parágrafo único, e 267, VIII; v. n. 3.1.6 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I), os demais ensejam o proferimento de sentença com resolução de mérito (art. 269, II, III e V, respectivamente; v. ns. 3.2.2, 3.2.3 e 3.2.5 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Fundamental distinguir, portanto, o campo de incidência do art. 486 (“ação *anulatória*”) do art. 485, em especial, de seu inciso VIII, que diz respeito, única e exclusivamente, à “ação *rescisória*”, sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 6.8 do Capítulo 1 da Parte II.

A doutrina concorda que a impugnação dos atos *durante o curso do processo*, isto é, antes do trânsito em julgado da decisão de mérito que os homologar, rende ensejo, unicamente, à “ação anulatória” do art. 486. Depois de transitada em julgado a decisão homologatória, o caso será de “ação rescisória”, unicamente, diante do proferimento de decisão de *mérito*. Assim, um critério seguro para distinguir ambas as hipóteses é o que leva em conta o *momento* de impugnação do ato. Se pretendida sua eliminação do mundo jurídico enquanto pendente o processo em que o ato produziu ou produzirá seus efeitos, a hipótese é de “ação anulatória”, porque não há coisa julgada enquanto houver litispendência (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte I). Caso contrário, isto é, desde que transitada em julgado a decisão homologatória do ato, a hipótese é de rescisória. Trata-se, ademais, do mesmo critério adotado pelo art. 352, I e II, quando se refere à invalidação da confissão, que pode ser tomado de empréstimo para a hipótese aqui examinada (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

De outro lado, em todos os casos em que o proferimento da decisão homologatória (“meramente homologatória”, como se lê no art. 486) não for de mérito e, sistematicamente, não tiver aptidão de transitar em julgado, o caso é de “ação *anulatória*”, excluída a possibilidade do uso da “ação rescisória”. Daí caber a “ação anulatória”, por exemplo, nos casos de

jurisdição voluntária, quando não houver litígio entre as partes, e para anular atos praticados pelas partes ao longo da etapa executiva, como, por exemplo, a “adjudicação”, a “alienação por iniciativa particular” e a “arrematação”, desde que não tenha havido a apresentação de “impugnação” ou de “embargos”, que dão ensejo ao proferimento de decisões de mérito, aptas, portanto, a ser “rescindidas” nos termos do art. 485 (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II). Para tais hipóteses, v. os seguintes julgados: STJ, 2ª Seção, AR 2.991/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 28.2.2007, DJ 7.5.2007, p. 272; STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 638.146/GO, rel. Min. Barros Monteiro, j.un. 21.6.2005, DJ 3.10.2005, p. 266; STJ, 1ª Seção, CC 39.827/SP, rel. Min. Castro Meira, j.un. 25.8.2004, DJ 27.9.2004, p. 178; STJ, REsp 150.115/DF, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 3.12.1998, DJ 22.2.1999, p. 105; STJ, 3ª Turma, REsp 59.211/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j.un. 12.9.1995, DJ 16.10.1995, p. 34651; STJ, 2ª Turma, REsp 35.054/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j.un. 27.4.1994, DJ 16.5.1994, p. 11746; e STJ, 1ª Turma, REsp 33.694/RS, rel. Min. Garcia Vieira, j.un. 5.5.1993, DJ 7.6.1993, p. 11.245. É a “ação anulatória” do art. 486, outrossim, o veículo processual hábil para invalidar sentença homologatória de transação de que participou advogado sem procuração (STJ, 4ª Turma, REsp 648.365/MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 6.11.2007, DJ 3.12.2007, p. 309).

## **2.1.Especificamente o caso da homologação da transação**

Não obstante as observações do número anterior, doutrina e jurisprudência apresentam outras considerações acerca do art. 486 e do inciso VIII do art. 485, especialmente no que diz respeito à invalidação da *transação*.

Mesmo mantendo a diretriz de que cada um dos dispositivos tem campo próprio de incidência, é comum ler que a “ação rescisória” admitida pelo inciso VIII do art. 485 dirige-se aos casos em que o magistrado apreciou, *substancialmente*, a transação a que chegaram as partes e, nesse sentido, profere decisão meritória com esteio no art. 269, III. Há julgados que exigem que, para o cabimento da rescisória, o descumprimento da transação possa acarretar execução da própria decisão homologatória, e não mais do negócio

jurídico entabulado entre as partes (art. 585, II). Já o art. 486, afirmam estes julgados, dirige-se aos casos de sentença (ou, mais amplamente, decisão jurisdicional) “meramente” homologatória, em que o magistrado não aprecia nenhum aspecto da transação a que chegaram as partes, limitando-se a reconhecê-la como fundamento do proferimento da sentença. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 831.190/MG, rel. Min. Castro Meira, j.un. 27.6.2006, DJ 17.8.2006, p. 347; STJ, 4ª Turma, REsp 509.973/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j.un. 4.5.2006, DJ 22.5.2006, p. 204; STJ, 1ª Turma, REsp 693.960/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 17.11.2005, DJ 28.11.2005, p. 209; STJ, 2ª Turma, REsp 763.762/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 20.9.2005, DJ 10.10.2005, p. 346; e STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 596.271/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 20.4.2004, DJ 17.5.2004, p. 226.

Outro critério distintivo entre as duas hipóteses repousa na circunstância de a transação ser homologada em sede de “jurisdição *contenciosa*” ou de “jurisdição *voluntária*” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1). Só nesse caso – não naquele – é que a invalidação do acordo deveria ser buscada pela “ação anulatória” do art. 486.

O inciso V do art. 475-N, acrescentado pela Lei n. 11.232/2005, rende ensejo à retomada da discussão apontada nos parágrafos anteriores. Dada a finalidade daquela regra, quando houver fundamento apto para questionar o ato firmado entre as partes, o veículo processual adequado para tanto é o art. 486, uma vez que, na normalidade dos casos, o magistrado não apreciará substancialmente o litígio trazido pelas partes, limitando-se a constatar que elas, de comum acordo, colocaram fim a uma pendência existente, pretendendo o reconhecimento jurisdicional do fato. A circunstância de a lei entender a hipótese como “título executivo *judicial*” (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3) não significa, por si só, que se trata de decisão rescindível (art. 485). A análise dos limites e da profundidade da cognição judicial é inarredável para discernir os casos da “anulatória” e da “rescisória”. Quando, na forma aqui suposta, o magistrado limitar-se a *homologar* a transação das partes, a hipótese reclama, indiscutivelmente, a incidência do art. 486, desde que haja, na perspectiva do direito material, algum vício que comprometa o ato praticado pelas próprias partes.

Importa, pois, para discernir uma de outra hipótese, constatar, na petição inicial (especificamente da conjugação da “causa de pedir” e do “pedido”; v. ns. 6 e 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I), a verdadeira pretensão do autor: se ele pretender questionar, com sua nova investida jurisdicional, o ato tal qual praticado com a outra parte no outro processo, cuja participação jurisdicional foi de cunho homologatório, deve aplicar-se o art. 486; do contrário, se o objeto de questionamento do ato for a própria decisão jurisdicional, em si mesma considerada, a hipótese reclama a sua *rescisão*, com observância do disposto no art. 485.

Nos casos da “ação anulatória”, as razões pelas quais se buscará a invalidação do ato repousam no direito material e não no processual. É nítida a distinção entre a hipótese de se querer invalidar a transação por vício no ato jurídico que a contamina (coação, por exemplo) ou porque o juízo que a homologou era incompetente para tanto.

Não obstante os esforços da doutrina e da jurisprudência para distinguir ambas as hipóteses, contudo, nada mais coerente, à luz do sistema processual civil (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), que admitir a *fungibilidade* de meios entre as duas medidas jurisdicionais, determinando-se ao autor a emenda da petição inicial para atendimento dos pressupostos exigidos por uma e por outra e a remessa dos autos ao juízo competente.

### **3. PROCEDIMENTO**

O processo que veicula a pretensão fundamentada no art. 486 não segue o *procedimento* peculiar da “ação rescisória” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II). Assim, deverá ser ajuizada observando-se as regras do procedimento comum (ordinário ou sumário, conforme o caso), salvo se houver, no Código de Processo Civil ou em lei processual extravagante, a previsão de procedimento especial (v. n. 6.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Seu prazo, prescricional ou decadencial, consoante a hipótese, é o do direito material, não se aplicando, à hipótese, o art. 495.

A competência é do juízo que proferiu a decisão homologatória, por força do art. 108 (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I).

Também é descabida a exigência da caução de 5% sobre o valor da causa de que trata o art. 488, II.

Os legitimados para a propositura da “ação anulatória” decorrem do direito material, não havendo correspondência necessária com o rol dos legitimados para a “ação rescisória” constante do art. 487.

A doutrina reconhece a possibilidade de a “ação anulatória” ser proposta na pendência do processo em que produz ou terá aptidão de produzir efeitos o ato nela impugnado e acarretar sua suspensão nos termos do art. 265, IV, *a* (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Diferentemente do que ocorre com a “ação rescisória” (superação do *judicium rescindens*; v. n. 11.2 do Capítulo 1 da Parte II), a admissibilidade da “ação anulatória” não viabiliza o “rejulgamento da causa” (*judicium rescissorium*). A “ação anulatória” limita-se a invalidar (ou declarar nulos) os atos praticados pelas partes e, nessa qualidade, introduzidos no processo.

Não há qualquer óbice, em se tratando de “ação anulatória”, que o autor requeira, quando presentes seus respectivos pressupostos, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273; v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) ou, mais amplamente, o proferimento de alguma tutela de urgência (v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

# CAPÍTULO 2

## Reexame necessário

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O chamado “reexame necessário” é instituto pelo qual as sentenças proferidas contra os interesses da Fazenda Pública ficam submetidas à revisão perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal respectivo, independentemente da interposição de apelação pelo ente público.

No Código de 1939, o art. 822 referia-se à figura como “apelação necessária ou *ex officio*”, expressão que, embora não repetida pelo Código atual, fornece adequada compreensão de sua finalidade, posto não haver dúvidas de que o “reexame necessário” não se confunde com nenhum recurso por lhe faltar o que é característica de qualquer recurso, a *voluntariedade* (v. n. 7 do Capítulo 2 da Parte I). Mais ainda quando o próprio Código anterior referia-se, em seu art. 821 à “apelação *voluntária*”. Por isto, aliás, seu tratamento como “sucedâneo recursal” é iniciativa adequada, que encontra, em Araken de Assis (*Manual dos recursos*, p. 837-838 e 848-853), recente e importante apoio deste *Curso* pelas razões expostas pelo n. 2 da Introdução.

Trata-se de instituto controvertido, de duvidosa constitucionalidade, e que na opinião de Alfredo Buzaid, idealizador do Código de 1973, deveria ser retirado do Código de Processo Civil porque, “existindo, atualmente, no seio da organização judiciária do país órgãos especializados e suficientemente aptos para promoverem a defesa do fisco (...) não há necessidade de se manter um recurso que João Monteiro, com muita razão, crismou com a denominação extravagância judiciária” (*Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil*, p. 57-58). Tanto assim que no Anteprojeto elaborado por aquele processualista, não havia originariamente previsão

para o reexame necessário, que só passou a ocupar a posição em que até hoje está durante a sua tramitação legislativa.

É bastante comum, de acordo com a doutrina que defende a manutenção do instituto, sustentar que se trata de medida representativa da salvaguarda do “interesse público”.

O “interesse público”, contudo, com o qual se pretende adequar o “reexame necessário” ao “modelo constitucional do direito processual civil” não é “o” interesse público tutelado pela Constituição e que se afina às pretensões legítimas dos cidadãos e à finalidade que justifica o Estado Democrático de Direito, o chamado, pelos administrativos, de “interesse público *primário*” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 57-58). Trata-se da salvaguarda de interesse que de “público” só tem o nome, porque coincidente com os interesses das pessoas jurídicas de direito público enquanto entes capazes de ter direitos e deveres na esfera jurídica, o chamado “interesse público *secundário*”.

De resto, a justificativa histórica do “reexame necessário” conspira contra os ideais do sistema processual civil hoje vigente, na medida em que parte do pressuposto de que, *contra os interesses da Fazenda Pública*, as sentenças não podem produzir seus efeitos senão depois de confirmadas pelo Tribunal respectivo, o que colide frontalmente com a compreensão que se deve dar às funções essenciais à Justiça. De resto, qualquer pressuposição da ausência de tutela adequada dos interesses da Fazenda Pública agride o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que, dentre os princípios regentes da Administração Pública, prevê expressamente o da “eficiência”.

De qualquer sorte, o instituto, típica regra de “direito processual público” (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), é de aplicação diuturna no foro, e não há notícia de que sua inconstitucionalidade tenha sido pronunciada por algum Tribunal. Põe-se, portanto, a necessidade de exame do art. 475.

## **2. O REEXAME NECESSÁRIO E A INEFICÁCIA DA SENTENÇA PROFERIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Consoante doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, a sujeição da sentença ao reexame necessário nos casos do art. 475 impede a produção

imediate de seus efeitos. É o que se lê do *caput* desse dispositivo da lei processual: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença...”.

A sentença, destarte, quando proferida contra os interesses da Fazenda Pública, é ineficaz enquanto não reexaminada pelo Tribunal recursal competente, e, por isto, é entendida por alguns autores como verdadeiro “ato complexo”, isto é, um ato jurídico que, para surtir seus regulares efeitos, depende da *conjugação de vontades* de dois órgãos diversos. Em se tratando de reexame necessário, estes dois órgãos são o juízo de primeira instância e o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal respectivo.

O reexame necessário é, portanto, condição imposta pelo art. 475, para que as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, excepcionadas as situações de seus §§ 2º e 3º (v. n. 5, *infra*), surtam seus regulares efeitos.

Caso o magistrado sentenciante não determine a remessa dos autos ao Tribunal competente para os fins do art. 475, o Presidente daquele órgão jurisdicional pode avocá-los, tudo em conformidade com o § 1º do mesmo dispositivo.

Enquanto isto não ocorrer, não só os *efeitos* da sentença não podem, validamente, ser experimentados no plano material, como já destacado, mas também não há espaço para que se cogite de seu trânsito em julgado, a despeito de se tratar de sentença de mérito (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), orientação dada pela Súmula 423 do STF.

Embora “efeitos da sentença” e “trânsito em julgado” sejam noções diversas (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), a solução é correta na medida em que a não sujeição da sentença ao reexame necessário não impede que, a qualquer tempo, ele seja realizado, inclusive com a avocação dos autos nos termos do precitado § 1º do art. 475.

Pode acontecer também de a sentença, a despeito de reclamar a incidência do art. 475, não ser enviada ao Tribunal para os fins daquele dispositivo, mas em função da interposição de apelação da Fazenda Pública.

Em tais casos, sem prejuízo do julgamento da apelação – quando a atuação do órgão *ad quem* deve pautar-se pelo “efeito *devolutivo*” (v. n. 6 do Capítulo 4 da Parte I) –, o Tribunal (ou o *relator*, consoante o caso; v. n. 6, *infra*), constatando ser o caso de aplicação do art. 475, procederá o reexame necessário, “considerando-o interposto”, para fazer uso de

expressão bastante frequente na prática do foro, consolidada na parte final da Súmula 423 do STF. A questão é importante porque, em tais hipóteses, a análise a ser feita pelo Tribunal não se limita à matéria impugnada pelos recorrentes, não havendo razão para descartar aprioristicamente que a decisão final se mostre mais *gravosa* à Fazenda Pública, assunto ao qual se volta o n. 7, *infra*.

Não obstante a ressalva final do parágrafo anterior, fundada na Súmula 45 do STJ, é importante destacar que a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado” (Súmula 325). É esta a razão pela qual, corretamente, a pessoa jurídica de direito público tem legitimidade para apresentar embargos de declaração do acórdão que julga o reexame necessário, mesmo quando não tiver apresentado apelação.

### **3. REEXAME NECESSÁRIO E CONTRADITÓRIO**

O § 1º do art. 475 é claro o suficiente para impor ao magistrado sentenciante que ele próprio, sem necessidade de qualquer provocação das partes ou de eventuais terceiros, submeta a sua decisão ao reexame perante o Tribunal. A ausência de apelação não inibe, muito pelo contrário, a incidência da regra, e, na omissão, cabe ao Presidente do Tribunal recursal competente *avocar* os autos para que seja realizado o reexame da decisão para os fins do *caput* do art. 475, isto é, determinar a sua remessa para o Tribunal, até mesmo de ofício.

À luz do “modelo constitucional do processo civil”, contudo, é irrecusável que as partes tenham ciência da sujeição da sentença ao reexame necessário tão logo ela seja proferida, sendo de todo conveniente, por isto mesmo, que o magistrado se pronuncie acerca da incidência do art. 475 no caso concreto.

A uma, para que a Fazenda Pública, ciente da aplicação do dispositivo – e, resolvida, por isto mesmo, por exemplo, qualquer questão relativa à presença, ou não, das hipóteses que excepcionam o instituto (v. n. 5, *infra*) –, deixe de apelar, se assim entender que é o caso.

A duas, porque o particular, ciente de que a sentença será reexaminada pelo Tribunal, poderá, querendo, apresentar alguma manifestação para

robustecer a correção da sentença e a necessidade de sua manutenção. Até mesmo, justamente em face dos §§ 2º e 3º do art. 475, para que justifique, ao Tribunal, o desacerto da sentença quanto ao entendimento do magistrado de submetê-la ao reexame necessário.

Por força dos princípios do “contraditório” e da “ampla defesa” (v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente), com efeito, não há como deixar de dar à parte (e a eventual terceiro) o direito de oferecer o que pode ser chamado de “contrarrazões ao reexame necessário”, providência que, de resto, não gera nenhum prejuízo à celeridade processual porque é insuprimível que as partes (e eventuais terceiros) sejam intimadas do proferimento da sentença.

## 4. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Beneficiados pelo reexame necessário, de acordo com os incisos I e II do art. 475, com a redação que lhes deu a Lei n. 10.352/2001, são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Trata-se das pessoas jurídicas de direito público componentes da chamada “administração *direta*” e da “administração *indireta*”, regidas pelo direito público.

Por força do “modelo constitucional *administrativo*” (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), é irrecusável que, a despeito do silêncio do dispositivo, também as sentenças proferidas contra as *agências reguladoras* fiquem sujeitas ao reexame necessário.

As sentenças proferidas contra as pessoas administrativas que compõem a “administração *indireta*” e que são, embora com ressalvas e temperamentos impostos desde a Constituição Federal (art. 173, § 1º), regidas pelo direito privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, não ficam sujeitas ao instituto.

O que se pode entender correto com relação a estas pessoas é a aplicação do instituto às empresas que, a despeito de sua configuração de direito privado, não exploram atividade econômica mas prestam serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal), na medida em que não estejam sujeitas a nenhum regime concorrencial. Foi esta a *ratio decidendi* pela qual o Supremo Tribunal Federal estendeu à Empresa de Correios e Telégrafos, uma empresa pública federal, a disciplina do art. 100 da Constituição

Federal para as execuções contra ela dirigidas (v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte II do vol. 3).

O inciso II do art. 475, ao se ocupar da sentença que “julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”, é redundante. Mesmo que não se compartilhe do entendimento sustentado pelo n. 4.2.4 do Capítulo 6 da Parte I deste *Curso* de que nem sempre a decisão que julga os “embargos à execução” é *sentença*, a sujeição do ato que acolher o pedido do particular executado pela Fazenda Pública, nos moldes da Lei n. 6.830/1980, ao reexame necessário estaria garantida pela amplitude da redação do inciso I do mesmo dispositivo.

Fora estas hipóteses, o reexame necessário é previsto em alguns diplomas extravagantes do direito processual civil. É o que se verifica, por exemplo, no art. 19 da Lei n. 4.717/1965, para a “ação popular”, no parágrafo único do art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009, para o “mandado de segurança”, e no art. 3º da Lei n. 8.437/1992, para “a sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional”, que se refere ao instituto, vale o destaque, como “recurso *ex officio*” (v. n. 1, *supra*). Tais dispositivos, no contexto adequado de sua análise, qual seja, do “direito processual público”, ocupam o tomo III do vol. 2, em especial o n. 12 do Capítulo 1 e o n. 10 do Capítulo 4 e o Capítulo 5 da Parte II do vol. 4, respectivamente.

Antes da Lei n. 10.352/2001, também as sentenças anulatórias de casamento (antiga redação do inciso I do art. 475) ficavam sujeitas ao reexame necessário. A previsão, que era da tradição do direito processual civil brasileiro, não subsiste no ordenamento jurídico, razão pela qual é correto concluir, com o n. 1, *supra*, que se trata de instituto típico do “direito processual público”.

## **5. DISPENSA DO REEXAME NECESSÁRIO**

A Lei n. 10.352/2001 excepcionou a regra, até então absoluta, do reexame necessário, dispensando-o nos casos referidos nos §§ 2º e 3º do art. 475. Segundo os dispositivos, não há necessidade de submissão da sentença desfavorável à Fazenda Pública ao reexame do Tribunal recursal competente

quando o valor envolvido na causa ou a “condenação” não superar sessenta salários mínimos e quando a sentença “estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. A dispensa, de acordo com a jurisprudência fixada em sede de recurso especial repetitivo, só pode alcançar as sentenças proferidas após a entrada em vigor da referida Lei. Assim: STJ, CE, REsp 1.144.079/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.3.2011, DJe 6.5.2011. A orientação também foi albergada pela Súmula 108 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo enunciado é o seguinte: “A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula n. 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei n. 10.352/2001”.

No que diz respeito à hipótese do § 2º do art. 475, dois fatores diversos merecem ser levados em conta, a depender da pretensão do autor e do conteúdo da própria sentença, que não merecem repelir-se de forma recíproca, diferentemente do que acabou por prevalecer no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nos EREsp 923.348/PR, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m.v. 3.12.2008, DJe 12.2.2009 e, mais recentemente, nos EREsp 600.596/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 4.11.2009, DJe 23.11.2009, nos quais se entendeu que: “2. Os pressupostos normativos para a dispensa do reexame têm natureza estritamente econômica e são aferidos, não pelos elementos da demanda (petição inicial ou valor da causa), e sim pelos que decorrem da sentença que a julga. 3. A norma do art. 475, § 2º, é incompatível com sentenças sobre relações litigiosas sem natureza econômica, com sentenças declaratórias e com sentenças constitutivas ou desconstitutivas insuscetíveis de produzir condenação de valor certo ou de definir o valor certo do objeto litigioso”.

Assim, em casos em que não houver “condenação”, fazendo uso da palavra empregada pelo próprio dispositivo, importa identificar a expressão econômica do “direito controvertido”. Para tanto, é importante verificar se o “valor da causa”, devidamente atualizado monetariamente quando da prolação da sentença, supera, ou não, sessenta salários mínimos. Se sim, o caso é de reexame necessário. Do contrário, à falta de apelação manifestada no prazo legal pela Fazenda Pública, a hipótese é formação de “coisa julgada *material*” (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I).

Devem ser compreendidos desta forma também os casos de reexame necessário nos “embargos à execução de dívida ativa” não superior a sessenta salários mínimos. Nessas hipóteses, é indiferente o *quantum* efetivamente obtido pelo particular em detrimento da Fazenda Pública, quando do julgamento de seus “embargos à execução” (art. 16 da Lei n. 6.830/1980; v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 3). O que importa, para tanto, é o *valor*, objetivamente considerado, da própria execução, e não o benefício obtido pelo particular.

Diferentemente, para as hipóteses em que houver “condenação”, isto é, em que a própria sentença impuser à Fazenda Pública o pagamento de quantia em dinheiro ou outra providência em que a leitura da própria sentença revelar a sua expressão econômica (são as hipóteses de “tutela jurisdicional *executiva*”, como propõe sejam elas chamadas o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), é este o critério que deverá ser levado em conta para a dispensa, ou não, do reexame necessário.

Importa, para tais situações, não o valor pretendido originariamente pelo autor (que, rigorosamente, estará espelhado, na normalidade dos casos, no valor dado à causa; v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I), mas o benefício concreto concedido pela sentença. AML pediu que o Município de JAS pagasse a ele valor superior a sessenta salários mínimos. A sentença acolheu apenas em parte o pedido e impôs ao Município de JAS o dever de pagar quarenta salários mínimos. É o que basta para não sujeitar a sentença ao reexame necessário.

Sendo o caso de sentença ilíquida, não se aplica a dispensa aqui examinada, sujeitando-a ao reexame necessário. É o entendimento que acabou sendo sumulado no Superior Tribunal de Justiça, como faz prova sua Súmula 490: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”, que remonta a julgamento de Recurso Especial Repetitivo (STJ, CE, REsp 1.101.727/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.un. 4.11.2009, DJe 3.12.2009). Idêntica orientação está estampada na Súmula 108 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo enunciado já foi transcrito.

Para todos os casos do § 2º do art. 475 os sessenta salários mínimos são os vigentes no momento da prolação da sentença.

A segunda hipótese de não sujeição das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública ao reexame necessário, de acordo com o § 3º do art. 475, verifica-se quando a sentença se basear em súmula ou entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ou súmula do “tribunal superior competente”.

A dispensa do reexame necessário, em tais casos, justifica-se pela grande probabilidade de confirmação da sentença no segmento recursal em face de seu fundamento suficiente. Se o reexame necessário significa vedar a produção dos efeitos da sentença antes de sua análise pelo Tribunal competente, nada mais coerente do que admitir que estes efeitos sejam sentidos desde logo, quando a sentença se mostrar afinada a jurisprudência sumulada ou predominante. É esta a razão por que a expressão “tribunal superior competente”, que se lê do dispositivo, deve ser interpretada amplamente, para nela compreender não só o Superior Tribunal de Justiça mas também os tribunais de segunda instância que tenham competência para julgar o reexame necessário. Trata-se, portanto, de mais uma hipótese em que a existência de súmula ou, quando menos, jurisprudência predominante – é dizer, tendência jurisprudencial *objetivamente constatável* –, esta quando for proveniente do Supremo Tribunal Federal, impõe modificações procedimentais que não podem passar despercebidas (v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I). A exemplo do que se dá com o § 1º do art. 518, é correto tratar o § 3º do art. 475 como um caso de “súmula impeditiva do *reexame necessário*”.

## 6. RELAÇÃO COM OUTROS RECURSOS

Questão clássica que se encontra na doutrina, outrossim, é a relativa a saber o destino de “agravos retidos” – que, desde a Lei n. 10.352/2001, são a *regra* desta espécie recursal (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I) – nos casos em que a sentença, porque sujeita ao reexame necessário, não é objeto de apelação.

A melhor resposta é a de entender que, em tais situações, o agravo retido deverá ser conhecido e apreciado independentemente de sua reiteração em contrarrazões de apelação (art. 523, § 1º; v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I) pela *impossibilidade* de cumprimento daquele dispositivo. O interessado, contudo, pode, tendo ciência de que os autos subirão ao Tribunal para os fins

do art. 475, informar a manutenção (ou não) de seu interesse no julgamento do agravo retido, providência que se afina não só ao precitado § 1º do art. 523 mas, superiormente, ao “princípio da *voluntariedade*”, ínsito a todos os recursos (v. n. 7 do Capítulo 2 da Parte I).

Cabe destacar, ainda, que se o reexame necessário feito pelo Tribunal resultar em *reforma* da sentença de mérito é irrecusável o cabimento do recurso de embargos infringentes (art. 530; v. n. 2.1 do Capítulo 9 da Parte I). Como o “reexame necessário”, embora não o seja, faz as vezes de um recurso de apelação no sentido de viabilizar a ampla análise da sentença (mesmo que isto gere maior gravame à Fazenda Pública; v. n. 7, *infra*), importante admitir a pertinência daquele recurso para viabilizar, ainda “em grau de apelação” e por meio de um “recurso de fundamentação livre” e por um “recurso ordinário” (v. ns. 4.2 e 4.3 do Capítulo 1 da Parte I, respectivamente), uma derradeira investigação da causa em todos os seus aspectos, inclusive fáticos. Trata-se de entendimento que se afina ao “princípio do duplo grau de jurisdição”, nos moldes propostos pelo n. 2 do Capítulo 2 da Parte I. Ademais, os embargos infringentes, em casos que tais, acabam por permitir um melhor equilíbrio entre as partes (e eventuais terceiros) que são comprometidas pelo reexame necessário (v. n. 1, *supra*). Não obstante essas considerações, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 390 em sentido contrário: “Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes”.

O acórdão que julga o reexame necessário fica sujeito, desde que presentes seus devidos pressupostos, aos embargos de declaração, ao recurso extraordinário e ao recurso especial. O acórdão respectivo, nesta perspectiva, tem tudo para fazer as vezes da “causa decidida” exigida pelo art. 102, III, e pelo art. 105, III, da Constituição Federal (v. n. 2.1 do Capítulo 11 da Parte I).

Sobre a hipótese aventada pelo parágrafo anterior, cabe destacar importante acórdão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que entendeu descabido o recurso especial que buscava reavivar as mesmas teses que o ente público, beneficiário do reexame necessário, já poderia ter levantado perante o Tribunal local em sede de apelação mas deixou de fazê-lo. Para a relatora, Min. Eliana Calmon, enfatizando a necessidade de o reexame necessário ser interpretado à luz do que este *Curso* chama de

“modelo constitucional do direito processual civil”, “A ilação de que fraudes e conluios contra a fazenda pública ocorrem principalmente no primeiro grau de jurisdição, levando à não impugnação da sentença no momento processual oportuno pelos procuradores em suas diversas esferas do Poder Executivo, por si só, não tem o condão de afastar a indispensável busca pela efetividade da tutela jurisdicional, que envolve maior interesse público e não se confunde com o interesse puramente patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal e de suas respectivas autarquias e fundações. Ademais, o ordenamento jurídico possui instrumentos próprios, inclusive na seara penal, eficazes para a repressão de tais desvios de conduta dos funcionários públicos”. A hipótese, em última análise, seria assimilável à ocorrência de “preclusão *lógica*” (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Trata-se do REsp 904.885/SP, j.un. 12.11.2008, DJe 9.12.2008. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1.085.257/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.m.v. 9.12.2008, DJe 24.3.2009. O entendimento, contudo, acabou sendo revisto no âmbito daquele mesmo Tribunal, como fazem prova os seguintes julgados mais recentes: STJ, CE, REsp 905.771/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 29.6.2010, DJe 19.8.2010; e STJ, 2ª Turma, REsp 1.199.114/ES, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 26.8.2010, DJe 8.9.2010 e, mais recentemente, CE, EREsp 853.618/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 18.5.2011, DJe 3.6.2011 e CE, EREsp 1.182.495/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 24.11.2011, DJe 6.12.2011.

Por fim, não há como negar a aplicação do art. 557, *caput*, ao reexame necessário. Nos casos lá especificados (v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I), o relator poderá, monocraticamente, atuar para os fins do art. 475, máxime porque a existência de “jurisprudência *sumulada*” ou, quando menos, “jurisprudência *predominante*”, é, por si só, causa para afastar a pertinência da submissão compulsória da sentença ao Tribunal quando forem coincidentes seus conteúdos (art. 475, § 3º). Na hipótese oposta, por sua vez, quando a sentença destoar de súmula ou da jurisprudência predominante, é o caso de reformar a sentença desde logo, afinando-a às diretrizes jurisprudenciais do Tribunal (e do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso). É esta a diretriz segura no Superior Tribunal de Justiça, como faz prova sua Súmula 253: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Em quaisquer casos em que o relator atuar, a decisão monocrática que proferir comporta o “agravo *interno*” do § 1º-A do art. 557, aplicáveis as considerações do n. 5.1 do Capítulo 7 da Parte I.

## 7. O REEXAME NECESSÁRIO E A REFORMATIO IN PEJUS

Considerando as razões que informam a remessa obrigatória, não se pode conceber que nela haja, tecnicamente, *reformatio in pejus*, no sentido de o Tribunal, sem provocação específica do interessado, não poder agravar a situação daquele que não recorreu ou não foi recorrido (v. n. 12 do Capítulo 2 da Parte I).

Despido o reexame necessário, por definição, de “efeito *devolutivo*”, não há como ver no seu julgamento a possibilidade de manifestação da *reformatio in pejus*, instituto que se relaciona intrinsecamente com a existência ou a inexistência de devolutividade recursal e, portanto, da manifestação concreta do “princípio *dispositivo*”. A ausência de iniciativa da parte prejudicada pela sentença em busca de sua revisão é, destarte, suficiente para afastar do instituto a possibilidade de ocorrência da “*reformatio in pejus*”, instituto que, ademais, limita-se aos *recursos*, o que o reexame necessário não é.

O que pode ser entendido inerente ao reexame necessário, bem anota Nelson Nery Jr. (*Teoria geral dos recursos*, p. 84-85), é o “efeito *translativo*”, o que viabiliza a possibilidade de o Tribunal, mesmo sem provocação de quaisquer das partes e, até mesmo, de eventuais terceiros, modificar integralmente a sentença, tal qual proferida, ainda que isso acarrete, em termos práticos, uma piora na situação da Fazenda Pública, mesmo sem recurso da outra parte.

As razões expostas pelo parágrafo anterior são suficientes para que este *Curso* não adira ao entendimento cristalizado na Súmula 45 do STJ, que veda a *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário, máxime quando aquele mesmo Tribunal tem entendido, mais recentemente (Súmula 325; v. n. 2, *supra*), que o instituto “devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”, não se lhe aplicando, com o que concorda este

*Curso*, a diretriz do “*tantum devolutum quantum appellatum*”, raiz do chamado “efeito *devolutivo*” (v. n. 6 do Capítulo 4 da Parte I).

Por fim, cabe assinalar que compreender que do reexame necessário não pode resultar prejuízo para a Fazenda Pública quando não houver apelação da parte interessada (ou do terceiro) robustece as considerações expostas pelo n. 1, *supra*, no sentido de tornar ainda mais evidente que o instituto destoa do “modelo constitucional do direito processual civil”, em especial do “princípio da isonomia” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

## **8. TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS PARA O REEXAME NECESSÁRIO**

Antes da nomeação da Comissão de Juristas encarregada pela revisão do atual Código de Processo Civil, havia sido aprovado pelo Senado Federal, como substitutivo, o Projeto de Lei da Câmara n. 3.615/2004, que tramitou naquela Casa Legislativa como PLC n. 6/2005, que modifica o valor previsto no § 2º do art. 475 para 500 (quinhentos) salários mínimos.

O Projeto foi enviado, em devolução, à Câmara dos Deputados para deliberação nos termos do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal e ficou prejudicado diante da tramitação, naquela Casa Legislativa, do Projeto de novo Código de Processo Civil, que mantém o reexame necessário no art. 483 da versão aprovada pelo Senado Federal, com a seguinte redação: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública; III – que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação. § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do respectivo tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a: I – mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – quinhentos

salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; III – com salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

Teve também trâmite perante o Senado Federal o PLS n. 11/2005, de autoria do Senador Pedro Simon, que revogava os incisos II e III do art. 475 do Código de Processo Civil, os quais, depois da Lei n. 11.352/2001, passaram a ser os incisos I e II do mesmo dispositivo, respectivamente. Pelo que se lê da exposição de motivos que acompanhava o referido Projeto, a iniciativa, de abolição do reexame necessário – é este o significado concreto da revogação dos precitados incisos do art. 475 –, justificava-se pela insubsistência das razões históricas que motivaram a criação do instituto, cabendo aos advogados públicos, em cada caso, decidir se recorrem ou não da sentença que seja desfavorável às pessoas jurídicas de direito público. O Projeto chegou a receber parecer favorável na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Foi, contudo, arquivado diante da aprovação do Projeto de Lei que institui o novo Código de Processo Civil naquela Casa que manteve, em seu art. 483, o instituto tal qual indicado acima, orientação também seguida na Câmara dos Deputados (art. 507).

# CAPÍTULO 3

## Reclamação

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reclamação, um dos “procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados”, consoante propõe o n. 6 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1, tem como finalidade a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal e garantir a autoridade de suas decisões. É o que decorre do art. 102, I, “l”, e do art. 105, I, “f”, da Constituição Federal e, no plano infraconstitucional, do art. 13 da Lei n. 8.038/1990, dos arts. 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e dos arts. 187 a 192 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

A doutrina e a jurisprudência divergem acerca de sua natureza jurídica, tendendo a corrente majoritária a entendê-la como uma “ação” que não se confunde com aquela exercitada ou ainda em exercício no processo que dá ensejo ao seu uso. É a posição sustentada, classicamente, por Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, p. 286-287), profunda e exaustivamente por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (*Reclamação constitucional no direito brasileiro*, p. 459-462) e, mais recentemente, por Leonardo L. Morato (*Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*, p. 109-112).

A questão, como já deixou antever o n. 1 do Capítulo 1, é de menor importância por força da compreensão que este *Curso* dá a “ação” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), a “processo” (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) e, mesmo, à expressão “sucumbência recursal” (v. n. 2 da Introdução). De qualquer sorte, a compreensão da “reclamação” como uma *nova* ação, distinta da anterior e que com ela não se confunde, embora haja inegável relação entre uma e outra ou, mais precisamente, entre os efeitos pretendidos, não entra em conflito com aquelas considerações, o mesmo ocorrendo com o entendimento de que a reclamação dá ensejo à formação de

um *novo* processo, perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso. Como qualquer ato processual, independentemente de qual seja ele, há necessidade de que haja a reunião de umas tantas condições e de uns tantos pressupostos para que se possa afirmar idônea a sua apreciação pelo Poder Judiciário, inclusive no que diz respeito ao seu *conhecimento*.

Questão interessante diz respeito ao cabimento da reclamação perante os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais. A melhor resposta é a *positiva* a despeito da opinião de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, em seu *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, p. 271-315, com o que se altera posicionamento firmado na 1ª edição deste trabalho. É que uma mais profunda reflexão sobre o tema revela que a “teoria dos poderes implícitos” está em consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”, inclusive para os Tribunais de Justiça e os Regionais Federais. A admissibilidade da reclamação perante os Tribunais de Justiça Estaduais, desde que prevista na Constituição respectiva, já foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.480/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v. 2.4.2007, DJe 15.6.2007 e na ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 2.10.2003, DJ 14.11.2003, p. 11, vedada, contudo, sua criação por regimento interno (STF, Pleno, RE 405.301/AL, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 15.10.2008, DJe 17.4.2009, e também pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir de Questão de Ordem levantada no âmbito da 2ª Turma daquela Corte no REsp 863.055/GO, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 27.2.2008, DJe 18.9.2009, prevalecendo o entendimento quanto ao *cabimento* da reclamação para garantir a autoridade das decisões dos Tribunais diante de atos de juízes a eles vinculados; não, contudo, contra atos de autoridades administrativas, orientação que, no particular, foi seguida pela mesma 1ª Seção no julgamento do AgRg na Rcl 2.918/MG, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 8.10.2008, DJe 28.10.2008.

## **2. HIPÓTESES DE CABIMENTO**

A reclamação, tal como prevista pela Constituição Federal, tem por finalidade preservar a competência ou garantir o cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se,

pois, de medida que tem como pressuposto de cabimento a ocorrência ou, quando menos, a iminência da prática de um ato que atrita com a competência a ser exercitada por um daqueles Tribunais ou que confronta a autoridade de suas decisões, aí compreendido o não acatamento de suas determinações.

A medida, a olhos vistos, torna-se tanto mais relevante e usual na medida em que existam efeitos *vinculantes* em determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal. É o que expressamente prevê o art. 7º da Lei n. 11.417/2006 para as “súmulas vinculantes” (v. Capítulo 3 da Parte II) e, não obstante o silêncio da Lei n. 9.868/1999, é o que deve verificar-se com as decisões proferidas por aquele Tribunal em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), como, dentre tantos outros julgamentos, reconheceu o Pleno daquele Tribunal na Rcl 2.600/SE, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 14.9.2006, DJe 3.8.2007.

É questão acesa no âmbito do Supremo Tribunal Federal, outrossim, a de admitir a reclamação por força do que vem sendo chamado de “teoria da transcendência dos motivos determinantes”, segundo a qual os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade não se limitariam à parte *dispositiva* do acórdão, mas abrangeriam também os seus *fundamentos*, excepcionando, destarte, a regra constante do art. 469, I, do Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). Desde que aceita a tese, é cabível a reclamação para contrastar as mais diversas decisões jurisdicionais que tenham sido proferidas em dissonância com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, ainda que apliquem, aos casos concretos, normas jurídicas diversas daquelas reputadas constitucionais ou inconstitucionais por aquele Tribunal mas que, de alguma forma, esbarram nos parâmetros interpretativos por ele fixados naqueles julgamentos.

A despeito do quanto julgado, pelo Plenário daquele Tribunal, na Rcl 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j.m.v. 1º.10.2003, DJ 21.5.2004, p. 33, e na Rcl 2.363/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j.m.v. 23.10.2003, DJ 1º.4.2005, p. 7, em que as reclamações foram admitidas, e na Rcl-AgR 2.475/MG, rel. p./acórdão Min. Marco Aurélio, j.m.v. 2.8.2007, DJe 18, 31.1.2008, em que a reclamação não foi admitida, ainda não há

posicionamento final daquela Corte na sua atual composição. Importa a notícia, contudo, de que, mais recentemente, tiveram oportunidade de se manifestar favoráveis à referida teoria e, conseqüentemente, ao cabimento da reclamação, os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, e contrários a ela, os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Cármen Lúcia, todos no julgamento da Questão de Ordem na Rcl 4.219/SP, extinta, diante do falecimento do reclamante, em 15.10.2007, DJ 18.10.2007. Há, pelo menos, duas outras reclamações – Rcl 3.014/SP, rel. Min. Carlos Britto, e Rcl 2.986/SE, rel. Min. Celso de Mello – em que a tese está pendente de apreciação. Nesse ínterim, a 1ª Turma do STF teve oportunidade de rejeitar reclamação, forte no entendimento da “inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes” e na “ausência de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* da decisão proferida na ação paradigma” (Rcl-AgR 5.389/PA, rel. Min. Carmen Lúcia, j.un. 20.11.2007, DJ 19.12.2007, p. 25).

Decorre da exposição do parágrafo anterior outra questão, não menos atual e polêmica. Admitindo-se que todas as decisões do Supremo Tribunal Federal tendem a ter um quê de *objetivação*, devendo ser observadas, como tais, por todos os demais órgãos jurisdicionais, independentemente da expressa previsão do efeito vinculante, é coerente sustentar que cabe reclamação para contrastar decisão jurisdicional que se mostra desafinada ao entendimento daquele Tribunal, mesmo que a colidência se dê mais com a *tese* fixada por aquele Tribunal do que, propriamente, com o caso singular, tal qual julgado. É o tema que se encontra pendente de resolução na Rcl 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, que, em conjunto com o Ministro Eros Grau, votou no sentido de admitir a reclamação, forte na mesma “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. A questão específica diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a chamada “lei de crimes hediondos”, e a necessidade de aquele entendimento ser observado vinculadamente por todos os magistrados, ensejando, conseqüentemente, a progressão do regime de cumprimento da pena.

Dada a sua específica finalidade, não é correto o emprego da reclamação como sucedâneo de outras medidas impugnativas das decisões

jurisdicionais, tenham natureza de “recurso” ou de “ação”. Nesse sentido é pacífica a jurisprudência: STF, Pleno, AgRg na Rcl 6.446/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 1.10.2008, DJe 27.3.2009; STF, 1ª Turma, Rcl-AgR 5.159/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j.un. 26.6.2007, DJ 10.8.2007, p. 21; STF, Pleno, Rcl 1.591/RN, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 20.2.2003, DJ 28.3.2003, p. 64; STF, Pleno, Rcl-AgR 1.852 /RN, rel. Min. Maurício Corrêa, j.un. 18.10.2001, DJ 8.3.2002, p. 54; STF, Pleno, Rcl-AgR 724/ES, rel. Min. Octavio Gallotti, j.un. 26.3.1998, DJ 22.5.1998, p. 10; STJ, 3ª Seção, AgRg na Rcl 2.617/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 12.12.2007, DJ 1º.2.2008, p. 1; STJ, 2ª Seção, AgRg na Rcl 2.252/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 28.2.2007, DJ 8.3.2007, p. 157; e STJ, 1ª Seção, EDcl na Rcl 2.226/DF, rel. Min. José Delgado, j.un. 28.2.2007, DJ 19.3.2007, p. 269.

Tanto assim que não cabe reclamação para contrastar ato de Ministro do Superior Tribunal de Justiça que indefere pedido de imediato cumprimento de decisão proferida em mandado de segurança já julgado (STJ, 1ª Seção, Rcl 2.148/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 14.2.2007, DJ 12.3.2007, p. 185; STJ, 3ª Seção, AgRg na Rcl 2.148/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 14.6.2006, DJ 2.8.2006, p. 213) ou para solucionar questões surgidas ao longo da “etapa *executiva*” (STJ, 1ª Seção, REsp 863.055/GO, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 27.2.2008; STJ, 1ª Seção, Rcl 2.207/SP, rel. p./acórdão Min. João Otávio de Noronha, j.m.v. 24.10.2007, DJ 7.2.2008, p. 1; e STJ, 1ª Seção, Rcl 1.806/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 8.6.2005, DJ 1º.8.2005, p. 298).

É no contexto anunciado pelo penúltimo parágrafo que deve ser interpretado o art. 7º da Lei n. 11.417/2006, que prevê o uso da reclamação, ainda que especificamente para o contraste das decisões jurisdicionais que destoam das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos cabíveis, como demonstra o n. 5 do Capítulo 3 da Parte II. A reclamação não pode, em suma, pretender fazer as vezes do recurso que eventualmente caiba da decisão jurisdicional, dadas as especificidades de suas hipóteses de cabimento. Ela não se volta para a constatação do acerto ou do desacerto de decisões jurisdicionais mas, apenas e tão somente, à verificação se elas observam, ou não, os limites que lhes são impostos pelos Tribunais Superiores.

Justamente por essa razão é que predomina o entendimento quanto à inaplicabilidade do “princípio da instrumentalidade das formas” ou da “fungibilidade” entre a “reclamação” e o recurso ou a medida impugnativa eventualmente cabível. A respeito: STF, Pleno, Rcl-ED 4.395/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 29.11.2006, DJ 2.2.2007, p. 74.

Como a reclamação também não pode fazer as vezes de “ação rescisória” não exercida no momento oportuno, “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”, diretriz estampada na Súmula 734 do STF e acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção, Rcl 1.535/CE, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 26.4.2006, DJ 15.5.2006, p. 156; e 3ª Seção, Rcl 3.521/AL, rel. Min. Celso Limongi, j.un. 23.6.2010, DJe 2.8.2010). Importa distinguir, contudo, essa diretriz de outra, que busca questionar não o cumprimento ou a execução do julgado mas, diferentemente, sua insubordinação ao quanto soberanamente já decidido. É que a *eficácia* da decisão – cujo descumprimento enseja a reclamação – não se confunde com a qualidade de *imutabilidade* do que foi decidido.

### 3. LEGITIMADOS

São legitimados, na qualidade de “autores” ou “reclamantes”, para apresentar a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, a “parte interessada” e o Ministério Público. É o que se lê no *caput* do art. 13 da Lei n. 8.038/1990, do art. 156 do RISTF e do art. 187, *caput*, do RISTJ.

A compreensão de quem seja “parte interessada” para fins de reclamação foi bastante ampliada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, com o advento da Constituição Federal de 1988 e o crescente número de ações diretas de inconstitucionalidade que passou a julgar, deu interpretação restritiva à expressão, recusando ver as *partes* dos processos em que a decisão tomada por aquele Tribunal em “ação direta” deixou de ser aplicada como legitimados para provocar a atuação daquela Corte. Neste sentido, há diversos julgados que se limitam a reconhecer como “partes interessadas” os próprios legitimados ao controle *concentrado* da constitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, assim, v.g.: STF, Pleno, Rcl-AgR 486/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j.un. 2.9.2004, DJ 4.11.2004, p. 29.830, e

STF, Pleno, Rcl-MC-QO 397/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 25.11.1992, DJ 21.5.1993, p. 9765.

Gradativamente, contudo, até mesmo por força do caráter *vinculante* que a Emenda Constitucional n. 45/2004 passou a reconhecer (expressamente) às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal nas “ações diretas de inconstitucionalidade” e nas “ações declaratórias de constitucionalidade”, a tendência é a de compreender como “partes interessadas” para o uso da reclamação todos aqueles, pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público, que, de uma forma ou de outra, afirmam-se atingidos por decisão jurisdicional contrária às proferidas por aquela Corte com efeitos vinculantes. Neste sentido, os seguintes julgados: STF, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j.un. 7.11.2002, DJ 19.3.2004, p. 17, e STF, Pleno, Rcl-AgR 2.143/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 12.3.2003, DJ 6.6.2003, p. 30.

Quando a reclamação não buscar o prevalecimento do caráter *vinculante* de alguma decisão do Supremo Tribunal Federal, a interpretação a ser dada às “partes interessadas” é, coerentemente, restritiva. Em tais situações, somente aqueles que participam do processo em que se dá a alegada usurpação de competência dos Tribunais Superiores, ou o alegado descumprimento de suas decisões, é que têm legitimidade para a “reclamação” (STJ, 1ª Seção, Rcl 1.590/MS, rel. Min. José Delgado, j.un. 22.9.2004, DJ 25.10.2004, p. 194), compreendidos, entre eles, também os terceiros juridicamente interessados, similarmente ao que o art. 487, II, prevê para a “ação rescisória” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte I), como já decidiu a 3ª Seção do STJ na Rcl 1.762/PI, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 11.5.2005, DJ 17.9.2007, p. 199.

A legitimidade do Ministério Público, de seu turno, é ampla, considerando as suas funções institucionais, construídas a partir do “modelo constitucional do direito processual civil” (v. ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1). É importante destacar que, perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, são legitimados o Procurador-Geral da República e os Subprocuradores-Gerais da República que atuam pelo Ministério Público perante aqueles Tribunais (arts. 46, 47, *caput*, e 66 da Lei Complementar n. 75/1993; v. n. 3.3 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1), sendo vedada a atuação dos Procuradores Regionais da República, Procuradores da República, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça

naquela sede, mesmo que em sede de “reclamação”. Nesse sentido: STF, Pleno, Rcl 6.541/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 25.6.2009, DJe 4.9.2009 (onde se admitiu a ratificação da petição inicial feita pelo Procurador-Geral da República); e STJ, 1ª Seção, Rcl 713/SP, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 13.12.2004, DJ 1º.2.2005, p. 287.

Quando o Ministério Público não atuar como “parte”, intervirá no processo na qualidade de fiscal da lei, no que é expresso o art. 16 da Lei n. 8.038/1990, que lhe reserva o prazo de cinco dias para manifestação após o término do prazo para as “informações”. No mesmo sentido são o art. 160 do RISTF e o art. 190 do RISTJ.

Parte *passiva* da reclamação, o *reclamado*, é aquela a quem se imputa a prática do ato que justifica o seu uso, isto é, aquele que, de acordo com a narrativa do *reclamante*, usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou desafia a autoridade de suas decisões. É o que deflui da leitura do art. 14, I, da Lei n. 8.038/1990, do art. 157 do RISTF e do art. 188, I, do RISTJ. É indiferente que o ato questionado seja imputado a autoridade judiciária ou a autoridade administrativa (STJ, 1ª Seção, Rcl 2.207/SP, rel. p./acórdão João Otávio de Noronha, j.m.v. 24.10.2007, DJ 7.2.2008, p. 1; STJ, 1ª Seção, Rcl 2.068/RJ, rel. p./acórdão Min. José Delgado, j.m.v. 13.9.2006, DJ 16.10.2006, p. 274; STJ, 3ª Seção, Rcl 1.351/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 28.5.2003, DJ 23.6.2003, p. 234; e STJ, 1ª Seção, Rcl 502/GO, j.m.v. 14.10.1998, DJ 22.3.1999, p. 35.

Por sua vez, como o Poder Legislativo está excluído do alcance do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, ele não tem legitimidade para figurar no polo passivo da reclamação. Neste sentido, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Rcl-MC 5.442/PE, j. 31.8.2007, DJ 6.9.2007, p. 58.

O art. 15 da Lei n. 8.038/1990 complementa a previsão de seu art. 14, I, salientando que “qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante”, no que é seguido pelo art. 159 do RISTF e pelo art. 189 do RISTJ. O dispositivo deve ser entendido no sentido de permitir que outras partes – e, até mesmo, terceiros – do processo em que se praticou, ou está na iminência de ser praticado, o ato que enseja a reclamação intervenham na

reclamação para expor as suas próprias razões. Trata-se de situação similar à do “assistente litisconsorcial” (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

## 4. PROCEDIMENTO

De acordo com o parágrafo único do art. 13 da Lei n. 8.038/1990, a reclamação deve ser apresentada em petição escrita e será dirigida ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. Ela deverá ser instruída como prova documental das afirmações do *reclamante* (art. 156, parágrafo único, do RISTF e art. 187, parágrafo único, do RISTJ). No âmbito do STF, a reclamação deve ser apresentada eletronicamente, observando-se o disposto na Resolução n. 427/2010 daquele tribunal com as alterações posteriores.

Os mesmos dispositivos, legal e regimentais, estatuem, em continuação, que, uma vez autuada a reclamação, será distribuída, estando *prevento* o relator da “causa principal”, isto é, o processo que ensejou o uso da reclamação, no que é expresso o art. 70 do RISTF, regra que vem sendo abrandada em se tratando de afronta a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade (STF, Rcl 5.470/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.2.2008, DJE 10.3.2008).

A despeito da exigência de a petição ser *escrita*, não há óbice para que a reclamação seja apresentada em forma eletrônica, observando-se as diretrizes da Lei n. 11.419/2006 e a disciplina estabelecida para a prática de tais atos pelas regras próprias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (v. n. 2.6 do Capítulo 3 da Parte I).

A representação por advogado (público ou privado) ou defensor público, ressalvada a hipótese em que o reclamante é o Ministério Público, é inarredável para a reclamação (STJ, 3ª Seção, AgRg no AgRg na Rcl 2.483/BA, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 12.12.2007, DJ 1º.2.2008, p. 1; STJ, 3ª Seção, AgRg na Rcl 2.457/BA, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 27.6.2007, DJ 6.8.2007, p. 458).

O órgão competente para a reclamação depende do ato que se afirma desafiado pelo “reclamado”. Assim, compete ao Plenário do Supremo Tribunal Federal a reclamação destinada à preservação da sua própria competência originária ou à autoridade de suas próprias decisões (art. 6º, I,

“g”, do RISTF); caso contrário, ela será apreciada pela respectiva Turma (art. 9º, I, “c”, do RISTF). No Superior Tribunal de Justiça, similarmente, caberão à Corte Especial as reclamações voltadas à preservação de sua competência e garantia de suas decisões (art. 11, X, do RISTJ) e às Seções, as reclamações para preservação de suas respectivas competências ou das Turmas que as integram (art. 12, III, do RISTJ).

O relator requisitará, de acordo com o art. 14, I, da Lei n. 8.038/1990, “informações” do *reclamado*, isto é, da autoridade ou agente a quem se imputa a prática do ato questionado. As “informações” são a peça que consubstancia o exercício do direito de defesa no âmbito da reclamação, e o prazo para sua apresentação é de *dez* dias, que deve prevalecer sobre a previsão do art. 157 do RISTF, afinado à previsão legislativa, no particular, o art. 188, I, do RISTJ.

De acordo com o inciso II do art. 14 da Lei n. 8.038/1990, cabe ao relator também determinar a *suspensão* do processo (em que se praticou ou está na iminência de ser praticado o ato questionado) ou do próprio ato impugnado, desde que a medida se mostre necessária para evitar dano irreparável. A diretriz é repetida pelo art. 158 do RISTF, que prevê, até mesmo, que o relator poderá determinar a remessa dos autos do processo que ensejou a prática do ato questionado ao Supremo Tribunal Federal, e pelo art. 188, II, do RISTJ.

## 5. JULGAMENTO E CUMPRIMENTO

Com a colheita das “informações” (v. n. 4, *supra*) e o parecer do Ministério Público, quando não for ele o *reclamante* (v. n. 3, *supra*), a reclamação será julgada.

Quando acolhido o pedido, isto é, no caso de *procedência* da reclamação, o Tribunal, de acordo com o art. 17 da Lei n. 8.038/1990, cassará a decisão, na proporção em que seja reconhecido o contraste com o seu próprio julgado anterior que ensejou a reclamação por este fundamento, ou determinará a medida adequada para a preservação de sua competência, diretrizes que são repetidas pelo art. 191 do RISTJ.

O art. 161 do RISTF, por sua vez, prevê que, “julgando procedente a reclamação, o Plenário ou Turma poderá: I – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; II – ordenar

que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição”. O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, reconhece competência ao relator para “julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”, prática que se afina à previsão genérica do art. 557 do Código de Processo Civil (v. n. 3.1 do Capítulo 5 da Parte I).

O cumprimento da decisão relativa à reclamação é imediato, não sendo óbice para tanto sequer a pendência da lavratura do acórdão (art. 18 da Lei n. 8.038/1990). O postergamento da lavratura do acórdão para depois do cumprimento da decisão deve, contudo, ficar restringido a casos de *urgência*, sob pena de agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

É o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou da respectiva Turma julgadora (art. 162 do RISTF) ou o Presidente do Superior Tribunal de Justiça (art. 192 do RISTJ) quem ordenará “o imediato cumprimento da decisão”.

Questão interessante que se põe acerca do acolhimento da reclamação, isto é, do acolhimento do pedido de tutela jurisdicional formulado por aquela via, diz com saber o que pode ser feito na hipótese de, a despeito do acolhimento do pedido do *reclamante*, o *reclamado* não praticar o ato que lhe foi *imposto* pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

O caso, que tem tudo para ser dos mais delicados, porque, pela própria natureza do instituto aqui examinado, evidencia-se o patente conflito entre poderes e atribuições a ser reconhecido como tal por dois dos órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, deve conduzir não só ao uso dos mecanismos previstos no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, verdadeiro arsenal das “medidas executivas *atípicas*” (v. n. 3.6 do Capítulo 1 da Parte I e n. 4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3) para a implementação *concreta* da decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, mas também à apuração, com observância das garantias constitucionais, da responsabilidade pessoal, nas esferas civil, administrativa e penal, do agente faltoso.

## 6. RECURSOS

É irrecusável o entendimento de que, do julgamento da reclamação, cabem embargos de declaração consoante se façam presentes as hipóteses do art. 535 (v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte I).

Se se tratar de atuação *monocrática*, como expressamente prevê o parágrafo único do art. 161 do RISTF, o “agravo *interno*” é instrumento apto a viabilizar o controle da decisão, tal qual proferida, perante o órgão colegiado respectivo (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I).

Dos julgamentos colegiados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, por fim, cabe, quando presentes os autorizativos do art. 102, III, da Constituição Federal, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (v. n. 3 do Capítulo 11 da Parte I).

# CAPÍTULO 4

## Mandado de segurança contra ato judicial

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O chamado “mandado de segurança contra ato judicial” deve ser entendido como mais um “sucedâneo recursal”, no mesmo sentido já colocado em evidência pelo n. 2 da Introdução, isto é, como medida que, embora não seja definida pela lei processual civil como *recurso*, desempenha finalidade similar, e no que lhe diz respeito, até mesmo, idêntica a de um recurso.

O “mandado de segurança” é “ação constitucional”, para fazer uso da expressão tradicional, ou “procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado”, para empregar a expressão sugerida pelo Capítulo 2 da Parte II do vol. 1 deste *Curso*, apto a evitar lesões a direito praticadas ou na iminência de sê-lo por autoridade pública. Desde seu surgimento com a disciplina até hoje conhecida, o mandado de segurança desempenhou relevante papel, relacionado ao que, em termos atuais, pode e deve ser chamado de “efetividade do processo” (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Para o que interessa ao tema presente, importa destacar que não há qualquer espaço de dúvida quanto ao cabimento do mandado de segurança para questionar atos judiciais praticados no exercício de função *atípica* pelo Estado-juiz (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Assim, por exemplo, quando o Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal pratica atos administrativos relativos aos servidores públicos do Tribunal, na abertura e condução de concursos públicos e, até mesmo, com relação aos atos praticados pelos Presidentes dos Tribunais no processamento e pagamento de precatórios que, consoante a Súmula 311 do STJ, não têm caráter *jurisdicional*, escapando, até mesmo, de sua revisão

por recurso extraordinário (Súmula 733 do STF) e por recurso especial (v. n. 2.1 do Capítulo 11 da Parte I).

Trata-se, em situações como estas, de ato *substancialmente* administrativo, posto ter sido praticado por magistrado, e, para fins de cabimento do mandado de segurança, não há qualquer dúvida digna de destaque. Trata-se de tema pacífico na jurisprudência, como mostram os seguintes julgados: STJ, 1ª Turma, RMS 20.755/RJ, rel. p./ acórdão Min. José Delgado, j.m.v. 13.11.2007, DJe 4.8.2008; STJ, 1ª Turma, RMS 22.637/MG, rel. Min. Denise Arruda, j.m.v. 11.12.2007, DJe 7.5.2008; STJ, 5ª Turma, RMS 19.939/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 7.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 292; STJ, 5ª Turma, RMS 18.092/BA, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 4.10.2005, DJ 14.11.2005. Ao estudo do mandado de segurança para tais fins, volta-se o Capítulo 1 da Parte I do tomo III do vol. 2. Ausentes os pressupostos autorizadores do mandado de segurança, os atos *administrativos* praticados pelas autoridades judiciárias podem ser contrastados jurisdicionalmente por quaisquer outros meios disponíveis no sistema. Expresso nesse sentido é o acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ no REsp 730.947/AC, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 16.6.2009, DJe 3.8.2009.

A dúvida que se põe diz respeito à viabilidade do mandado de segurança para o contraste de atos jurisdicionais “típicos”, isto é, praticados pelos magistrados em geral no exercício da função jurisdicional. Sua elucidação é o objetivo do número seguinte.

## **2. HIPÓTESES DE CABIMENTO**

A Lei n. 12.016/2009, que atualmente disciplina o mandado de segurança, superando discussão originada na Lei n. 191/1936 e no âmbito do Código de Processo Civil de 1939, cujos arts. 319 a 331 se ocupavam do instituto, é peremptória, nos incisos II e III de seu art. 5º, ao negar o cabimento do mandado de segurança “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” e “de decisão judicial transitada em julgado”, respectivamente.

Diante do texto legislativo hoje vigente, a indagação que se mostra pertinente é saber se a *lei* pode suprimir o cabimento ou, quando menos, reduzir a amplitude do cabimento de um direito e de uma garantia constitucional.

A melhor resposta à preocupação esboçada pelo parágrafo anterior é a negativa: os incisos II e III do art. 5º da Lei n. 12.016/2009 não agridem o “modelo constitucional do direito processual civil”, para fazer uso da expressão que este *Curso* prefere, desde que o sistema processual civil, ele próprio, tenha aptidão de evitar a consumação de lesão ao direito daquele que se afirma titular de um direito. Na verdade, os dois dispositivos legais não devem ser interpretados como se eles negassem, em qualquer situação, generalizada e abstratamente, o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial para desempenhar o papel a que, desde o inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal, ele é predestinado.

Os referidos dispositivos legais devem, por isto mesmo, ser interpretados como indicativo da ausência de “interesse de agir” na impetração de um mandado de segurança contra ato judicial toda vez que a decisão puder ser contrastada mediante recurso que tenha efeito suspensivo e porque o veículo adequado para controle de decisões transitadas (materialmente) em julgado é a “ação rescisória”, que admite, nos termos do art. 489, a tomada de providências imediatas para evitar qualquer lesão ou ameaça a direito do autor (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II).

A opção feita pelo legislador não é, em si mesma, inconstitucional. Será inconstitucional apenas quando o sistema processual civil não se mostrar *eficaz* o suficiente para inibir a consumação da lesão ou não imunizar satisfatoriamente a ameaça de direito do impetrante e, mesmo assim, não houver qualquer medida – a ser desempenhada pelo mandado de segurança contra ato judicial – apta para evitar uma ou outra situação.

Com relação ao inciso II do art. 5º da Lei n. 12.016/2009, cabe evidenciar que quaisquer decisões são, no direito processual civil, recorríveis (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte I). E na medida em que o recurso possa se processar com efeito suspensivo, evitando a consumação de lesão ou ameaça a direito daquele que se afirma titular de um direito, não há *necessidade* no uso do mandado de segurança contra ato judicial que, nessa perspectiva, desempenharia o *mesmo* papel que o sistema reserva para os recursos.

Assim, na medida em que o recurso mostre-se mecanismo *eficiente* para evitar lesão ou ameaça a seu direito – e, para este fim, cumpre dar destaque e ampla interpretação ao “dever-poder geral de antecipação” e ao “dever-

poder geral de cautela” a serem desempenhados no âmbito recursal –, descabe, sistematicamente, o mandado de segurança.

Cabíveis os recursos indicados no sistema processual e desde que a ilegalidade ou a abusividade que fundamenta sua interposição não tenha aptidão para produzir qualquer efeito imediato em prejuízo do recorrente, mercê do “efeito suspensivo”, não cabe o mandado de segurança contra o ato judicial. Não há *necessidade*, é dizer, não há interesse jurídico, na impetração, quando o recurso sistematicamente cabível tiver condições de tutelar *eficaz e prontamente* o direito do recorrente.

É certo que, de acordo com a Súmula 267 do STF, “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. O rigor de seu enunciado sempre deu a falsa impressão do descabimento, em quaisquer situações, do mandado de segurança contra ato judicial, o que nunca se mostrou verdadeiro quando analisada a jurisprudência daquele e dos demais Tribunais brasileiros que sucederam à sua edição, no ano de 1963, quando vigente a Lei n. 1.533/1951 que, até o advento da Lei n. 12.016/2009, disciplinava o mandado de segurança.

Desde julgamento considerado clássico pela doutrina que se debruçou sobre o assunto – a referência é feita ao Recurso Extraordinário n. 76.909/RS, julgado em 5 de dezembro de 1973, e relatado pelo Ministro Antônio Neder –, o STF acabou por abrandar a interpretação do enunciado daquela Súmula para admitir mandados de segurança contra atos judiciais desde que a decisão seja “teratológica”, assim entendida a decisão clara e inequivocamente errada, e capaz de causar dano irreparável ou, quando menos, de difícil reparação. Neste sentido são os seguintes julgados mais recentes do STF (1ª Turma, RMS 25.340/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 25.10.2005, DJ 9.12.2005, p. 17; Pleno, MS-AgR 22.623/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j.un. 9.12.1996, DJ 7.3.1997, p. 5406; Pleno, RMS 21.713/BA, rel. Min. Moreira Alves, j.un. 21.10.1994, DJ 1º.9.1995, p. 27379) e do STJ (4ª Turma, RMS 10.949/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 7.8.2007, DJ 27.8.2007, p. 253; CE, AgRg no MS 12.749/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 29.6.2007, DJ 20.8.2007, p. 228; CE, MS 12.339/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 20.6.2007, DJ 13.8.2007, p. 311; 1ª Turma, RMS 23.972/SP, rel. Min. José Delgado, j.un. 21.6.2007, DJ 2.8.2007, p. 330; 1ª Turma, RMS 20.979/RO, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 15.5.2007, DJ 31.5.2007,

p. 320; CE, AgRg no MS 12.017/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 6.9.2006, DJ 16.10.2006, p. 274; e CE, AgRg no MS 10.436/DF, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 7.6.2006, DJ 28.8.2006, p. 200).

A diretriz, contudo, deve ceder espaço ao inciso II do art. 5º da Lei n. 12.016/2009: sempre que o sistema recursal tiver aptidão, máxime diante da possibilidade de atribuição de efeito suspensivo, de evitar lesões ou ameaças a direito a pertinência do mandado de segurança contra ato judicial fica sistematicamente afastado.

É certo que nem sempre foi assim.

Foi para reduzir drasticamente o indiscriminado uso do mandado de segurança contra ato judicial, à falta de um sistema recursal verdadeiramente apto para evitar, ao máximo, a consumação de lesões a direito dos jurisdicionados, que a Lei n. 9.139/1995, alterando profundamente a sistemática do recurso de agravo, tal qual previsto originariamente no Código de Processo Civil, passou a admitir a concessão de efeito suspensivo em quaisquer hipóteses em que “possa resultar lesão grave e de difícil reparação” (art. 558, *caput*). Se a interposição do agravo e a concessão *casuística* do efeito suspensivo mostrarem-se, ao menos em tese, medidas suficientes para impedir a consumação de qualquer lesão ao agravante, fica afastada a *necessidade* do mandado de segurança contra ato judicial.

Mesmo para os casos de apelação despida de efeito suspensivo (art. 520) e recursos extraordinários e especiais que não têm tal efeito (arts. 497 e 542, § 2º), o sistema recursal prevê mecanismos aptos para evitar qualquer lesão ou ameaça a direito do recorrente durante sua tramitação por força do parágrafo único do art. 558 ou, genericamente, em virtude do exercício do “dever-poder geral de cautela” no âmbito recursal (art. 800, parágrafo único). Afastado eventual receio de lesão ou ameaça pela concessão *casuística* do efeito suspensivo a esses recursos, também deixa de ser *necessária* a impetração do mandado de segurança.

Em suma: toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pela utilização do próprio sistema recursal, interpretando-o de forma tal que ele, por si próprio, independentemente de qualquer outra medida, tenha aptidão para evitar a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação para o recorrente, e pela *dinâmica* do efeito suspensivo dos

recursos, forte no que dispõem o *caput* e o parágrafo único do art. 558, descabe o mandado de segurança contra ato judicial à minguada de *interesse jurídico* na impetração. Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, toda vez que não se aceitar uma interpretação ampla suficiente das regras processuais para evitar uma dada situação de ameaça ou de lesão ao recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento. É a orientação que prevaleceu no âmbito da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RMS 26.098/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 26.5.2009, DJe 14.8.2009.

Para o fim destacado pelo parágrafo anterior, é indiferente que a decisão a ser questionada seja “teratológica” ou não. Não há espaço para subsistência da ressalva que a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal deu à sua Súmula 267. Quaisquer *errores in procedendo* e *in judicando*, independentemente de sua gravidade, são contrastáveis por *recursos* ou por quaisquer outras medidas jurisdicionais, típicas ou atípicas, e na exata medida em que as técnicas adotadas tenham aptidão de evitar lesões ou ameaças ao interessado, não há por que fazer uso do mandado de segurança contra ato judicial.

O mandado de segurança contra ato judicial, em tais condições, cabe para salvaguardar o direito do recorrente quando houver *necessidade* de colmatar eventual lacuna decorrente da ineficiência do sistema recursal. Na lição de Kazuo Watanabe (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 106), o mandado de segurança contra atos judiciais não pode apresentar-se como um “... remédio alternativo à livre opção do interessado, e sim como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos”. Trata-se, aliás, do *mesmo* papel que o mandado de segurança desempenhou no direito processual civil brasileiro desde suas origens, quando ainda nem sequer era identificado como tal e distinguido de outras medidas como o *habeas corpus* ou os chamados “interditos proibitórios”: de medida que se fazia necessária para a tutela adequada de um dado direito, ameaçado ou lesionado, na ausência de quaisquer outras alternativas aptas para a mesma finalidade que

pudessem, legitimamente, ser construídas e, conseqüentemente, empregadas, a partir dos mecanismos disponíveis, ainda que de maneira esparsa, pelo sistema processual civil.

O mesmo entendimento deve ser reservado para a hipótese do inciso III do art. 5º da Lei n. 12.016/2009. A vedação do mandado de segurança contra ato judicial traz à lembrança antiga Súmula do Supremo Tribunal Federal, a de número 268, segundo a qual: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

A ausência de *interesse de agir* na impetração do mandado de segurança é tanto mais evidente, no atual sistema processual civil, não só porque o combate à decisão naquelas condições deve ser feito pelo meio processual adequado, a “ação rescisória” (v. Capítulo 1 da Parte I), mas também porque se necessária a tomada de alguma providência ao longo do transcurso da rescisória, para evitar a consumação de algum dano àquele que pretende questionar a decisão judicial transitada em julgado, é suficiente a interpretação que o n. 8 do Capítulo 1 da Parte I propõe para o art. 489.

Na atualidade, o uso do mandado de segurança contra ato judicial justifica-se, ilustrativamente, a partir da *irrecorribilidade* das decisões proferidas em sede de agravo de instrumento pelo relator nas hipóteses dos incisos II e III do art. 527, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo. Na medida em que se entenda *constitucional* a uma lei vedar a apresentação de recurso de uma decisão proferida *monocraticamente* no âmbito dos Tribunais para o colegiado, a única forma de evitar a consumação de ameaça ou lesão decorrente da conversão de agravo de instrumento em retido (art. 527, II) ou do indeferimento de concessão de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal em sede de agravo de instrumento (art. 527, III) é valer-se do mandado de segurança contra o ato do relator. Entendimento diverso seria agredir o modelo constitucional do direito processual civil. Neste sentido, admitindo o mandado de segurança contra o ato do relator nessa específica hipótese, já teve oportunidade de se manifestar a Corte Especial do STJ (RMS 25.934/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 27.11.2008, DJe 9.2.2009), decisão com a qual, pelas razões expostas, com as devidas vênias, pelo n. 3.5 do Capítulo 7 da Parte I, não concorda este *Curso*.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (RMS 24.176/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 14.2.2008, DJ 5.3.2008, p. 1) admitiu o cabimento do mandado de segurança contra o ato do magistrado que, sem dar ciência às partes do processo, determinou ao empregador do réu a realização de descontos em folha para o cumprimento de sentença que fixara alimentos com a dissolução da sociedade conjugal. Embora reconheça-se, no acórdão, que a decisão comportaria contraste pelo recurso de agravo de instrumento, a peculiaridade do caso concreto impunha a admissão do mandado de segurança, tal qual impetrado.

Também já foi reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, o cabimento do mandado de segurança contra acórdão de Turma do Superior Tribunal de Justiça que impôs multa, nos moldes do parágrafo único do art. 538, por entender que aquela decisão não aceitaria contraste por recurso extraordinário e também porque a reiteração dos declaratórios poderia render ensejo à elevação da multa (STF, 1ª Turma, RMS 25.293/SP, rel. Min. Carlos Britto, j.m.v. 7.3.2006, DJ 5.5.2006, p. 19, e STJ, CE, MS 9.575/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 19.12.2007, DJ 21.2.2008, p. 30).

Contexto bastante rico para a análise do mandado de segurança contra ato judicial reside nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.

Apenas para ilustrar a afirmação, cabe destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afastar o cabimento do mandado de segurança naquele âmbito em função dos princípios regentes daquele sistema, que justificariam a *irrecorribilidade* das interlocutórias (RE 576.847/BA, rel. Min. Eros Grau, j.m.v. 20.5.2009, DJe 7.8.2009, orientação observada perante as Turmas daquele Tribunal: 1ª Turma, RE-AgR 650.293/PB, rel. Min. Dias Toffoli, j.un. 17.4.2012, DJe 22.5.2012 e 2ª Turma, RE-AgR 643.824/PB, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 9.8.2011, DJe 5.9.2011).

Ao mesmo tempo, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a pertinência da medida, indicando como órgão competente para julgamento as Turmas Recursais, é dizer, os órgãos de segunda instância dos Juizados Especiais, como faz prova suficiente a sua Súmula 376. Tornando o assunto tanto mais palpitante, é certo que o mesmo Superior Tribunal de Justiça excepciona do seu entendimento as hipóteses em que o objeto do mandado de segurança é o controle da *competência* exercitada pelos Juizados Especiais. Em tais casos,

como se lê de diversos precedentes (CE, RMS 17.524/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 2.8.2006, DJ 11.9.2006, p. 211; STJ, 3ª Turma, RMS 24.014/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 21.2.2008, DJe 10.3.2008; STJ, 1ª Turma, AgRg no RMS 28.085/SC, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 14.4.2009, DJe 7.5.2009; STJ, 2ª Turma, RMS 26.665/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 26.5.2009, DJe 21.8.2009; STJ, 3ª Turma, RMS 38.884/AC, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 7.5.2013, DJe 13.5.2013; e STJ, 4ª Turma, RMS 39.041/DF, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 7.5.2013, DJe 26.8.2013), a competência para o mandado de segurança contra ato judicial é do Tribunal de Justiça ou *a fortiori* do Tribunal Regional Federal respectivo.

Ao assunto volta-se, mais detidamente, o n. 11.5 do Capítulo 1 da Parte III do tomo II do vol. 2.

### **3. O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL E A INTERPOSIÇÃO DO “RECURSO CABÍVEL”**

Em quaisquer situações em que o mandado de segurança contra ato judicial se mostrar *necessário* nas condições apresentadas pelo número anterior, é *desnecessária* a interposição do recurso próprio para combater a decisão e evitar, com isto, a ocorrência de preclusão. Até porque, em casos como o regulado pelo parágrafo único do art. 527, a “ameaça ou lesão” que se pretende ver afastada com a impetração do mandado de segurança contra ato judicial decorre justamente da *falta* de recurso cabível contra uma específica decisão jurisdicional. Suficiente, pela sua própria razão de ser e pela *necessidade* de se valer de sua especial índole, a impetração do mandado de segurança diretamente contra o ato judicial.

Nesse sentido, deve ser prestigiada a orientação da Súmula 202 do STJ, embora mencione apenas o mandado de segurança impetrado por terceiro, segundo a qual “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”. Isso porque, ao mesmo tempo que o sistema processual civil é otimizado e desenvolvido a partir do “modelo constitucional do direito processual civil” – e esta é uma tarefa que se espera do intérprete e do aplicador do direito –, preserva-se o mandado de segurança, evitando-se seu uso promíscuo e banalizado no foro como

verdadeiro “sucedâneo recursal”. Tanto assim que é inviável a “fungibilidade” entre o mandado de segurança contra ato judicial e o recurso ou medida típica, prevista pelo sistema processual civil, para ser empregada na espécie. Neste sentido, negando fungibilidade entre o “mandado de segurança contra ato judicial” e a “reclamação”: STF, Pleno, MS-AgR-ED 23.605/MG, rel. Min. Eros Grau, j.un. 21.9.2005, DJ 14.10.2005, p. 7; e STJ, 1ª Seção, MS 11.707/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 10.6.2009, DJe 29.6.2009.

Com relação à referida Súmula 202 do STJ, importa destacar que o exame de seus precedentes revela que a não interposição de recurso por terceiro nos moldes do art. 499 não gera, diferentemente do que se dá com relação às *partes*, *preclusão* ou *coisa julgada* (art. 472; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), e, em função disso, não há razão, para o uso do mandado de segurança contra ato judicial, de prévia interposição do recurso ou, mais amplamente, da apresentação de qualquer medida (a adequada) contra a decisão judicial que se pretende questionar como, por exemplo, os “embargos de terceiro”. Neste sentido, na jurisprudência mais recente daquele Tribunal, os seguintes julgados: STJ, 3ª Turma, RMS 35.826/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 10.4.2012, DJe 23.4.2012; STJ, 3ª Turma, RMS 20.541/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 8.3.2007, DJ 28.5.2007, p. 319, e STJ, 3ª Turma, RMS 22.741/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 5.6.2007, DJ 18.6.2007, p. 254.

## 4. PROCEDIMENTO

Admitindo-se o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial naqueles casos em que o sistema recursal se apresenta inidôneo para a tutela adequada do direito do recorrente, importa destacar algumas questões procedimentais.

É pacífica a jurisprudência, a maior prova a Súmula 632 do STF, quanto à constitucionalidade do art. 23 da Lei n. 12.016/2009, que prevê o prazo *decadencial* de cento e vinte e dias para a impetração do mandado de segurança, contados desde o instante em que o ato questionado tem aptidão de violar o “direito líquido e certo” do impetrante.

Em se tratando de mandado de segurança contra ato judicial, aceitando-se a constitucionalidade do referido prazo – com o que não concorda este

*Curso* (v. n. 19 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III) –, ele começa a fluir desde quando a decisão questionada tiver aptidão de produzir os seus regulares efeitos, o que se verifica, como regra, desde sua publicação. No caso do parágrafo único do art. 527, a apresentação do “pedido de reconsideração” lá sugerido (v. n. 3.5 do Capítulo 7 da Parte I) não tem o condão de interferir, suspendendo ou interrompendo o prazo, na esteira da Súmula 430 do STF. Neste sentido, decidiu recentemente a 3ª Turma do STJ no RMS 24.654/PA e no RMS 25.143/RJ, ambos relatados pela Ministra Nancy Andrichi, julgados por unanimidade em 4.12.2007 e publicados no DJ de 19.12.2007, p. 1221.

A competência para julgamento do mandado de segurança depende da hierarquia funcional da autoridade coatora, isto é, daquele a quem se atribui a prática do ato violador a “direito líquido e certo” do impetrante (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III). Em se tratando de juízes estaduais ou de juízes federais, a competência é do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal ao qual o magistrado está vinculado, respectivamente.

Quando o ato coator for praticado ou estiver na iminência de sê-lo por Desembargador Estadual ou por Desembargador Federal, a competência também é dos próprios Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, respectivamente. É firme a jurisprudência do STF (Súmulas 330 e 624) e do STJ (Súmula 41) neste sentido, em correta interpretação da competência que a Constituição Federal lhes reconhece (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

Mandados de segurança impetrados contra ato praticado ou na iminência de sê-lo por Ministro do Superior Tribunal de Justiça encontra, naquele Tribunal, o órgão jurisdicional competente (art. 105, I, “b”, da Constituição Federal), sendo a mesma diretriz aplicável ao Supremo Tribunal Federal por força do disposto na alínea “d” do inciso I do art. 102, da Constituição Federal.

Impetrado o mandado de segurança contra ato judicial e superada a questão relativa à concessão de medida liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, o magistrado a quem se imputa a prática do ato inquinado de ilegal ou abusivo será notificado para prestar suas “informações” (art. 7º, I, da Lei n. 12.016/2009), nome dado à *defesa* apresentada em mandado de segurança.

O beneficiário do ato questionado no mandado de segurança – e, em se tratando de impetração contra ato judicial, será, muito provavelmente, a parte contrária – deverá ser *citado* na qualidade de “litisconsorte passivo necessário”, nos precisos termos do art. 47 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I), aplicável para a espécie por força do que dispõe o art. 24 da Lei n. 12.016/2009. As Súmulas 631 e 701 do STF são específicas neste sentido e devem ser observadas, embora a última delas refira-se, apenas, ao âmbito do direito processual penal.

O Ministério Público, por força do art. 12 da Lei n. 12.016/2009, intervirá na qualidade de fiscal da lei (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1), após o que o mandado de segurança será julgado pelo órgão jurisdicional competente, consoante o Regimento Interno de cada Tribunal.

Do acórdão respectivo caberão, conforme o caso, embargos de declaração (v. n. 2 do Capítulo 8 da Parte I), recurso ordinário (art. 18 da Lei n. 12.016/2009; v. n. 2.1 do Capítulo 10 da Parte I) e recurso extraordinário e recurso especial (art. 18 da Lei n. 12.016/2009; v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11 da Parte I).

O recurso de embargos infringentes está afastado diante do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 que, no particular, acolheu jurisprudência pacificada nas Súmulas 294 e 597 do STF e na Súmula 169 do STJ quanto ao tema. A restrição não agride o “modelo constitucional do direito processual civil” porque valoriza a celeridade na tramitação do mandado de segurança inclusive no âmbito dos Tribunais (v., em especial, art. 20 e § 1º da Lei n. 12.016/2009).

# CAPÍTULO 5

## Pedido de reconsideração

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O chamado “pedido de reconsideração” consiste no uso de expedientes de que se valem as partes para que determinada *decisão* seja revista pelo seu próprio prolator.

Trata-se de iniciativa bastante comum na prática forense, e é esta a razão pela qual se faz importante tecer algumas considerações sobre o instituto.

### 2. NATUREZA JURÍDICA

Não há qualquer disciplina de direito positivo relativa aos “pedidos de reconsideração”. Esta é a razão por que eles nem sequer podem ser considerados *recursos*, o que, como visto pelo n. 3 do Capítulo 2 da Parte I, vai muito além de estar, ou não, previsto no art. 496.

A afirmação de que o pedido de reconsideração não é recurso significa negar a ele o regime jurídico típico de um recurso. O “pedido de reconsideração”, por não ser recurso, não viabiliza, para aquele que o apresenta, *direito subjetivo* quanto à sua apreciação (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I). Não existe *direito* da parte ou, se for o caso, do terceiro, de formular pedidos de reconsideração. Não havendo direito das partes, impensável que se tenha correlato dever de manifestação do juiz no interior da relação jurídica processual. Por isto a negativa de haver direito subjetivo público quanto à apreciação de tais pedidos.

### 3. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E PRECLUSÃO

O pedido de reconsideração é figura que se relaciona intimamente com a noção de *preclusão* para o próprio juízo, a comumente denominada “preclusão *pro iudicato*” (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Eles, a bem da verdade, só podem pretender realizar a sua finalidade – de revisão, pelo seu próprio prolator, de uma decisão – naqueles casos em que uma tal revisão é possível, isto é, que não foi alcançada pela preclusão.

Eles também, porque não são recurso e, conseqüentemente, não reclamam a aplicação da sua específica disciplina jurídica, não *interrompem* e não *suspendem* o prazo para interposição do recurso eventualmente cabível da decisão proferida, entendimento que é absolutamente pacífico em doutrina e em jurisprudência.

Assim, o pedido de reconsideração *pode* ser apresentado e, eventualmente, até ser levado em conta – ser determinante, até mesmo –, para a reconsideração da decisão em todos os casos em que o magistrado puder redecidir de ofício, isto é, em todos os casos em que a sua decisão não é atingida pela chamada “preclusão *pro iudicato*”, como se dá, de acordo com a maioria doutrinária e jurisprudencial, em questões de ordem pública ou que dizem respeito a direitos indisponíveis. O que ocorre em casos como estes, contudo, é que o próprio prolator da decisão poderia, de ofício, proceder daquela forma. Caso contrário, justamente porque o pedido de reconsideração não é recurso, a parte que o formulou não tem o que fazer, e porque tais pedidos não têm o condão de interferir na contagem do prazo para apresentação do *recurso* cabível, provavelmente o prazo recursal da decisão proferida ter-se-á escoado.

Não há como pretender reconhecer o parágrafo único do art. 527 como fonte normativa do “pedido de reconsideração”, embora se leia, naquele dispositivo, que a decisão monocrática do relator só é passível de reforma no momento do julgamento, “salvo se o próprio relator a *reconsiderar*”. O texto em itálico está a evidenciar que a própria lei assumiu o cabimento do chamado “pedido de reconsideração” ou, quando menos, que a lei admitiu a possibilidade de o relator reconsiderar a decisão que proferiu mesmo *sem* a apresentação de um “pedido de reconsideração”.

A possibilidade de o relator do agravo de instrumento reexaminar a sua decisão quando do julgamento daquele recurso – desconsiderada, para fins de exposição, a total inocuidade dessa iniciativa, como demonstra o n. 3.5

do Capítulo 7 da Parte I – não cria para o agravante “direito subjetivo público” de que seu pedido será apreciado a tempo e modo oportunos. É esta a razão pela qual a melhor interpretação para ser dada àquele dispositivo é no sentido de a “reconsideração” lá prevista relacionar-se intimamente com o juízo de *retratação* – o “efeito *regressivo*” de que dá notícia o n. 4 do Capítulo 4 da Parte I – ínsito ao recurso de agravo, inclusive na sua modalidade “interna”.

#### 4. O FUTURO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Diante das razões apresentadas pelos números anteriores, é preferível entender, do ponto de vista teórico e também do ponto de vista prático, que os pedidos de reconsideração devam ser abandonados. Que as partes – e, nos casos em que podem recorrer, também os terceiros – valham-se dos *recursos* cabíveis, atendendo ao sistema processual civil, contra as decisões que lhes tragam, de alguma forma, prejuízo.

Quando se tratar de decisão interlocutória, importa colocar em relevo a possibilidade de o seu prolator poder redescidi-la ao ensejo do exercício do “juízo de retratação” do recurso de agravo, em quaisquer de suas modalidades. O art. 523, § 2º, ao tratar do “agravo *retido*”, é expresso no ponto (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I), assim como o é o § 1º do art. 557 ao disciplinar o “agravo *interno*” (v. n. 5.1 do Capítulo 7 da Parte I). Para o “agravo *de instrumento*”, a melhor interpretação a ser dada ao art. 526 é a de viabilizar *também* a retratação pelo juízo de primeira instância, o que acarretará a aplicação do art. 529, julgando-se *prejudicado* o agravo (v. ns. 3.3 e 3.4.4 do Capítulo 7 da Parte I, respectivamente).

O entendimento do parágrafo anterior é tanto mais correto na exata medida em que este *Curso* não nega, muito ao contrário, a possibilidade de ocorrência de uma verdadeira “preclusão *pro iudicato*” por força do art. 473 (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Mesmo nas questões de ordem pública ou que dizem respeito a direitos indisponíveis, é vedado ao magistrado manifestar-se novamente, a seu talante, sem observância dos instantes procedimentais adequados, que são basicamente dois: os recursais, que são os que aqui interessam mais de perto, e o aprofundamento da

cognição jurisdicional, que pressupõe, por definição, o desenvolvimento do procedimento, a participação das partes e de eventuais terceiros (isto é, exercício do contraditório ao longo do processo) e, até mesmo, a superação de quaisquer recursos interpostos, a tempo e modo oportunos, das decisões tais quais proferidas.

Ademais, em um sistema processual civil como é o brasileiro, em que toda *decisão* é recorrível, mesmo quando, a depender da situação, a lei diga o contrário (v. n. 3.5 do Capítulo 7 da Parte I), e, mais, em que a falta de recurso efetivamente apto a salvaguardar o recorrente de *lesão* ou *ameaça* a direito seu rende ensejo à impetração de “mandado de segurança contra ato judicial” (v. n. 2 do Capítulo 4), é de se colocar em dúvida, vez por todas, a subsistência e a *utilidade* de expedientes como o “pedido de reconsideração” aqui noticiado. Trata-se, aos olhos deste *Curso*, de um mecanismo que mais se justifica pelos usos e costumes forenses – típica manifestação de um verdadeiro “direito processual *consuetudinário*” – do que, como deve ser, por força do “modelo constitucional” e do “modelo infraconstitucional” do direito processual civil.

# CAPÍTULO 6

## Correição parcial

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A correição parcial é medida que, desde suas origens, tem caráter eminentemente censório da *atividade* judicial do ponto de vista disciplinar.

### 2. NATUREZA JURÍDICA

O objetivo da correição parcial é verificar a regularidade da atuação judicial relativamente aos expedientes ou serviços forenses – à condução do processo, portanto –, incluindo também o comportamento e a própria disciplina do magistrado, e não a qualidade de suas decisões do ponto de vista procedimental ou material, isto é, para apurar a existência de *errores in procedendo* e *errores in judicando*, respectivamente (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte I). Trata-se, portanto, de medida que tem aplicação relacionada à atividade *administrativa* do magistrado (função *atípica*), e não, propriamente, à sua atividade jurisdicional (função *típica*). A correição parcial serve para apurar irregularidades administrativas cometidas pelo magistrado ou por serventuário da justiça, se for o caso, determinar as medidas que regularizem o andamento do processo desta perspectiva. A sua relação com os atos e as decisões do processo, destarte, é uma *consequência* da identificação da irregularidade ou do vício, e não uma *causa*, como se dá com os recursos.

Justamente por sua finalidade é que doutrina e jurisprudência não hesitam em negar-lhe caráter recursal, embora, do ponto de vista histórico, a correição parcial já tenha desempenhado papel de recurso cabível das decisões as quais o Código de Processo Civil considerava irrecorríveis, como bem destaca Alcides de Mendonça Lima (*Introdução aos recursos cíveis*, p. 227).

Em um *sistema processual civil* em que *todas* as *decisões* são recorríveis (v. ns. 4 e 5 do Capítulo 2 da Parte I), é imediata a percepção de que um mecanismo como o da “correição parcial” é de discutível utilidade, diferentemente do que, no passado, justificou-se à luz de outros princípios reinantes sobre as técnicas de controle das manifestações jurisdicionais.

### 3. PREVISÕES NORMATIVAS

É no sentido apontado pelo número anterior que devem ser entendidas as previsões normativas relativas à correição parcial que se encontram esparsas pelo sistema processual civil.

Com efeito, no âmbito da Justiça Federal ela é prevista no art. 6º, I, e no art. 9º da Lei n. 5.010/1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, reservando ao Conselho da Justiça Federal competência para seu julgamento. Referido Conselho, como exposto pelo n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1, não tem competência *jurisdicional*, mas *administrativa*. Vale a ressalva, contudo, de que a Lei n. 8.472/1992, ao disciplinar a composição e a competência daquele Conselho, silenciou a respeito daquela específica competência, embora seja possível entendê-la vigente por força do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 7.727/1989, que dispõe sobre a composição inicial dos Tribunais Regionais Federais e sua instalação.

Outra previsão da medida por lei federal estava no art. 5º, II, da Lei n. 1.533/1951, que disciplinava o mandado de segurança, antes do advento da Lei n. 12.016/2009 que, expressamente, a revogou. De acordo com aquela regra, “não se dará mandado de segurança quando se tratar (...) de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”. O dispositivo, de qualquer sorte, como propõe o n. 2.1 do Capítulo 4, sempre mereceu ser entendido tendo presente o caráter *administrativo* da correição parcial, negando, por isto mesmo, sua aptidão de modificar qualquer decisão jurisdicional.

Nenhuma outra lei *federal* – e, tampouco o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – refere-se ou disciplina o instituto, inclusive para o âmbito da Justiça Estadual. Nesta, o que é bastante comum é a sua regulação por leis estaduais de organização judiciária e, mais ainda, por atos infralegais, sobretudo os Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça.

No Estado de São Paulo, a título de exemplo, a correção parcial é expressamente prevista pelo art. 93 do Decreto-lei Complementar n. 3, de 27 de agosto de 1969, o “Código Judiciário do Estado”, segundo o qual: “Compete às Câmaras isoladas do Tribunal proceder a correções parciais em autos para emenda de erro, ou abusos, que importarem inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordem legal do processo, quando para o caso não houver recurso”. A correção tem o mesmo procedimento do recurso de agravo de instrumento, manifestando-se, no procedimento, o Ministério Público, completa o art. 94 do mesmo diploma normativo.

O antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo previa a correção parcial em seu art. 830 “para a emenda de erro, ou abusos que importarem a inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo civil ou criminal, quando para o caso não houver recurso específico”. O atual limita-se a discipliná-la no âmbito do direito processual *penal* em seus arts. 208 a 212, o que se explica, não há por que duvidar, diante da recorribilidade de *qualquer* decisão no âmbito do direito processual *civil*.

#### **4. O PAPEL A SER DESEMPENHADO PELA CORREIÇÃO PARCIAL**

O mais correto com relação ao tema versado neste Capítulo é entender a correção *parcial* – bem assim as correções em geral, isto é, as correções “não parciais” – como medida *administrativa* que busca verificar a regularidade dos serviços forenses como um todo e de todos os seus serventuários, inclusive o magistrado, e, se for o caso, aplicar as penalidades, igualmente *administrativas*, aos responsáveis. Trata-se, portanto, de medida que diz respeito a função *atípica* do Poder Judiciário.

Bem ilustra a conclusão do parágrafo anterior o art. 96 do “Código Judiciário do Estado de São Paulo”. De acordo com o dispositivo, após a manifestação do Tribunal acerca da “correção parcial” e envio do acórdão respectivo para o juízo de origem “para os fins de direito” (art. 95), “serão os autos encaminhados ao Conselho Superior da Magistratura para aplicação das penalidades disciplinares, se for o caso”.

O que importa destacar, e não pode ser olvidado para os fins presentes, é que a correição parcial não pode, mormente quando disciplinada por leis ou atos infralegais dos Estados, querer fazer as vezes de quaisquer recursos porque isto violaria o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União Federal legislar sobre processo civil. Nem mesmo o inciso XI do art. 24 da mesma Constituição vem ao socorro da tese de inconstitucionalidade porque os *procedimentos* lá previstos não abrangem a possibilidade de *criação* de recursos, mas, apenas e tão somente, o modo de seu exercício, como já destacado em diversas passagens deste volume, em especial, pelo n. 3 do Capítulo 2 da Parte I.

A circunstância de se afirmar que se trata de medida *administrativa* e não *jurisdicional*, contudo, não significa que a ela e à sua disciplina respectiva não devam também incidir as garantias constitucionais do “contraditório”, da “ampla defesa” e, mais amplamente, do “devido processo legal”. O inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal é expresso em reservar aquelas diretrizes também aos “*processos administrativos*”. A respeito do tema, pertinente a menção às Súmulas vinculantes n. 3 e n. 5 do STF e à Súmula 343 do STJ.

A correição parcial, em suma, não pode querer fazer as vezes de qualquer recurso, sendo indiferente, para esta finalidade, que as suas previsões normativas, por vezes, reservem seu uso para decisões “irrecorríveis” ou, quando menos, como medidas aptas para *modificar* decisões jurisdicionais. Até porque, mesmo a *reconsideração* da decisão pelo próprio magistrado que a proferiu pode esbarrar, legitimamente, em algum óbice, o mais comum, a sua *estabilização*, a exigir, também dessa perspectiva, que eventual prejuízo dela decorrente seja questionado e removido pelas técnicas apropriadas previstas no sistema processual civil (v. n. 3 do Capítulo 5).

A irrecorribilidade de qualquer decisão jurisdicional deve ser compreendida e, se for o caso, superada de acordo com as premissas do sistema processual civil, observando-se, inclusive, as considerações apresentadas pelo n. 2 do Capítulo 4, quanto ao uso do mandado de segurança contra ato judicial, quando o tema é retomado da perspectiva do art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009. As decisões recorríveis – que representam a grande maioria dos casos – devem receber contraste pelos recursos admitidos pelo sistema processual civil para tal fim ou, ainda, por outras

medidas impugnativas, entre as quais recebem destaque os “sucedâneos recursais”. Não, contudo, por medidas que têm, vale a insistência, objetivo diverso de apuração de irregularidades administrativas e a normalização do andamento dos atos processuais desta perspectiva.

# APÊNDICE 1

## Pequeno glossário de Direito Processual Civil

Os termos abaixo listados e sua significação pretendem fornecer ao leitor uma compreensão mais imediata de algumas palavras e expressões utilizadas com maior frequência ao longo do volume. A iniciativa complementa o glossário que consta dos demais volumes do *Curso* e não pretende substituir as explicações apresentadas e desenvolvidas durante o trabalho.

As remissões entre parênteses são ao principal dispositivo do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante que se ocupa do respectivo termo.

**Ação anulatória** – Demanda em que se pretende a declaração de nulidade ou a invalidação de atos praticados pelas partes meramente homologados em juízo (art. 486).

**Ação rescisória** – Demanda em que se pretende a desconstituição de anterior coisa julgada material pela ocorrência de uma das hipóteses do art. 485.

**Acórdão** – decisão colegiada proferida no âmbito dos Tribunais (art. 163).

**Agravo** – recurso cabível das decisões interlocutórias. Aceita quatro modalidades: de instrumento, de decisão denegatória de recurso extraordinário e recurso especial, interno e retido.

**Agravo de instrumento** – Recurso destinado ao contraste das decisões interlocutórias proferidas na primeira instância quando se tratar da negativa de seguimento do recurso de apelação, relativas aos efeitos de recebimento da apelação ou em casos de urgência, assim entendidas as hipóteses em que a interlocutória tiver o condão de causar lesão grave e de difícil reparação (art. 522, *caput*).

**Agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário e recurso especial** – Recurso dirigido à decisão proferida pelo Presidente do

Tribunal Regional Federal ou do Tribunal de Justiça que indefere o trânsito de recurso extraordinário e/ou recurso especial (art. 544). Desde o advento da Lei n. 12.322/2010, o recurso é processado nos mesmos autos em que a decisão é proferida, despicienda, por isso, a formação de um *instrumento*.

**Agravo interno** – Recurso que viabiliza o controle colegiado das decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais (art. 557, § 1º).

**Agravo retido** – Recurso interposto, como regra, das decisões interlocutórias proferidos na primeira instância e que é julgado por ocasião da apelação, se reiterado pelo recorrente (art. 523).

**Apelação** – Recurso interposto de sentenças (art. 513).

**Conhecer do recurso** – Expressão significativa de que o recorrente preencheu adequadamente as exigências relativas ao juízo de admissibilidade recursal.

**Correição parcial** – Medida de cunho administrativo que visa a apuração de irregularidades praticadas pelo magistrado ou por serventuários da Justiça.

**Custas** – Valores devidos pela prestação dos serviços jurisdicionais, inclusive no âmbito recursal.

**Dar provimento ao recurso** – Expressão significativa de que o recurso deve ser acolhido para anular ou reformar a decisão recorrida.

**Decisão** – ato judicial que resolve questões, isto é, controvérsia acerca de afirmação sobre fato ou direito feita por uma das partes ou eventuais intervenientes.

**Decisão interlocutória** – ato judicial que resolve questões ao longo do procedimento (art. 162, § 2º). Enseja contraste pelo recurso de agravo.

**Deserção** – Pena aplicada aos recursos não preparados a tempo e modo oportunos. Ver “preparo”.

**Despacho** – ato judicial sem conteúdo decisório, de mero impulso do procedimento (art. 162, §§ 3º e 4º). São irrecorríveis por força do art. 504.

**Efeito devolutivo** – Efeito recursal que transfere para reexame, perante o órgão *ad quem*, a matéria impugnada pelo recorrente (arts. 515 e 516).

**Efeito substitutivo** – Efeito recursal pelo qual a decisão proferida pelo órgão *ad quem* prevalece sobre a proferida pelo órgão *a quo* (art. 512).

**Efeito suspensivo** – Efeito recursal que impede o início da produção dos efeitos ou, se eles já estavam sendo sentidos, que os susta (arts. 497, 520 e

558).

**Efeito translativo** – Efeito recursal que autoriza a possibilidade de atuação oficiosa no âmbito dos Tribunais.

**Embargos de declaração** – Recurso voltado ao esclarecimento de obscuridade, à eliminação de contradições ou à supressão de omissões em quaisquer decisões jurisdicionais (art. 535).

**Embargos de divergência** – Recurso que busca uniformizar a jurisprudência dos órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais (art. 546).

**Embargos infringentes** – Recurso vocacionado ao prevalecimento de voto vencido no julgamento da apelação que reformar sentença de mérito ou que julgar procedente “ação rescisória” (art. 530).

**Ementa** – resumo das decisões jurisdicionais, obrigatória em se tratando de “acórdãos (art. 563).

**Incidentes** – no contexto que interessa ao presente volume são *fases* impostas pelo sistema processual civil que se justificam, para o atingimento de específicas finalidades, durante a atuação dos Tribunais. São, nesse sentido, incidentes *procedimentais*.

**Incidente de declaração de inconstitucionalidade** – Procedimento regulado pelos arts. 480 a 482 que se impõe, como regra, para a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica no âmbito dos Tribunais por imposição do art. 97 da Constituição Federal.

**Jurisprudência** – Tendência do entendimento dos Tribunais em dado sentido, ainda não sumulada. Quando “dominante”, autoriza a atuação monocrática do relator no âmbito dos Tribunais (art. 557, *caput*).

**Homologação de sentença estrangeira** – Procedimento que se desenvolve perante o Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento de que decisões proferidas por órgãos jurisdicionais estrangeiros reúnem as condições necessárias para surtir seus efeitos no Brasil (arts. 483 e 484).

**Juízo de admissibilidade recursal** – Requisitos exigidos pelo sistema processual civil para exercício do direito de recorrer. Compreende a análise da legitimidade, do interesse, do cabimento (incluindo a existência, ou não, de “súmulas impeditivas de recursos”), da tempestividade, do preparo, da

regularidade formal e da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

**Juízo de mérito dos recursos** – Reconhecimento de que o recorrente tem ou não razão no seu pedido de reexame da decisão recorrida.

**Mandado de segurança contra ato judicial** – medida jurisdicional excepcional voltada ao contraste de decisões jurisdicionais que não admitem recursos aptos para evitar a consumação de lesões ou ameaças a direito do jurisdicionado.

**Não conhecer do recurso** – Expressão significativa de que o recorrente não preencheu adequadamente as exigências relativas ao juízo de admissibilidade recursal.

**Negar provimento ao recurso** – Expressão significativa de que o recurso não deve ser acolhido, mantendo-se a decisão recorrida.

**Órgão a quo** – órgão jurisdicional perante o qual o recurso é interposto.

**Órgão ad quem** – órgão jurisdicional que julga o recurso interposto.

**Pedido de reconsideração** – Medida não recursal pela qual o interessado busca a retratação da decisão proferida em seu desfavor perante o seu próprio prolator.

**Porte de remessa e retorno dos autos** – Valores recolhidos aos cofres públicos para viabilizar o envio dos autos ao órgão *ad quem* e, posteriormente ao julgamento do recurso, sua devolução ao órgão *a quo*.

**Porte de retorno dos autos** – Valores recolhidos aos cofres públicos para viabilizar a devolução dos autos ao órgão *a quo* após o julgamento do recurso.

**Preparo** – valor que deve ser recolhido aos cofres públicos pelo recorrente com a interposição do recurso. Compreende as custas e o porte de remessa e de retorno dos autos.

**Reclamação** – Medida que visa contrastar a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como a autoridade de suas decisões quando confrontadas por outros órgãos jurisdicionais ou integrantes da Administração Pública (art. 13 da Lei n. 8.038/1990).

**Recurso** – Técnica de revisão de decisões jurisdicionais no mesmo processo em que proferidas identificadas como tal pela lei processual civil.

**Recurso adesivo** – Técnica de interposição da apelação, dos embargos infringentes, do recurso extraordinário e do recurso especial quando há “sucumbência recíproca” (art. 500).

**Recurso especial** – recurso cabível para o Superior Tribunal de Justiça nos casos do art. 105, III, da Constituição Federal.

**Recurso extraordinário** – recurso cabível para o Supremo Tribunal Federal nos casos do art. 102, III, da Constituição Federal.

**Recurso ordinário** – recurso cabível para o Supremo Tribunal Federal nos casos do art. 102, II, “a”, e para o Superior Tribunal de Justiça nos casos do art. 105, II, “b” e “c”, ambos da Constituição Federal.

**Reexame necessário** – Estado de sujeição de algumas sentenças proferidas contra pessoas de direito público à sua reapreciação compulsória perante os Tribunais Regionais Federais ou os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 475).

**Relator** – magistrado que, no âmbito dos Tribunais, é o escolhido para, em primeiro lugar, desempenhar a função jurisdicional cabível.

**Repercussão geral** – Exigência feita pelo § 3º do art. 102 da Constituição Federal para o cabimento dos recursos extraordinários.

**Revisor** – em determinados recursos, o segundo magistrado a apreciar o caso antes de submetê-lo a julgamento.

**Sentença** – ato proferido pelo juiz de primeira instância que põe fim ao exercício da atividade jurisdicional nos casos descritos nos arts. 267 e 795 ou que põe fim à etapa do processo voltada ao reconhecimento da existência do direito afirmado na petição inicial em função de uma das hipóteses previstas no art. 269. Enseja contraste pelo recurso de apelação (art. 513).

**Sucedâneo recursal** – Técnica de revisão de decisões jurisdicionais que não são recursos.

**Sucumbência recíproca** – Situação em que uma mesma decisão causa prejuízo para ambas as partes, ensejando a cada uma delas possibilidade de apresentarem recurso.

**Súmula** – consolidação formalizada da jurisprudência dos Tribunais em decorrência da reiteração de decisões idênticas proferidas a partir de casos substancialmente iguais (art. 479).

**Súmula impeditiva de recursos** – Consolidação formalizada da jurisprudência dos Tribunais que inibe, por si só, o cabimento de recursos de

decisões que nela se baseiam (art. 518, § 1º).

**Súmula vinculante** – Consolidação formalizada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se impõe aos demais órgãos jurisdicionais e aos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da Constituição Federal e Lei n. 11.417/2006).

**Uniformização de jurisprudência** – Procedimento regulado pelos arts. 476 a 479 para que os Tribunais editem súmulas ou, quando menos, consolidem sua jurisprudência.

# APÊNDICE 2

## Súmulas

Para facilitar a consulta e o estudo do leitor, pareceu útil, neste volume, a construção de um segundo apêndice com as Súmulas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, embora limitadas ao Capítulo da “ação rescisória”, do extinto TFR, do TRF4 e do TRF3, sobre os temas abordados ao longo da exposição.

Sua apresentação observa a mesma ordem dos Capítulos de cada uma das Partes em que se desenvolve o volume e, em cada um deles, ela se dá em ordem crescente do número das Súmulas, primeiro as do STF, seguidas pelas do STJ.

### INTRODUÇÃO

Súm. 268, STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Súm. 734, STF: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

### PARTE I RECURSOS

#### CAPÍTULO 1 – PRIMEIROS ELEMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Súm. 326, STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

#### CAPÍTULO 2

## **PRINCÍPIOS**

Súm. 272, STF: Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.

Súm. 284, STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súm. 287, STF: Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula vinculante 10, STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Súm. 45, STJ: No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

Súm. 182, STJ: É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

### **CAPÍTULO 3**

#### **JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO**

Súm. 286, STF: Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súm. 641, STF: Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido.

Súm. 83, STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súm. 99, STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

Súm. 116, STJ: A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.

Súm. 178, STJ: O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça

Estadual.

Súm. 226, STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado.

Súm. 256, STJ (cancelada): O sistema de “protocolo integrado” não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Súm. 318, STJ: Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida.

Súm. 483, STJ: O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública.

Súm. 484, STJ: Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário.

#### **CAPÍTULO 4**

#### **EFEITOS**

Súm. 45, STJ: No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

#### **CAPÍTULO 5**

#### **PROCEDIMENTO RECURSAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS**

Súm. 456, STF: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.

Súm. 634, STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súm. 635, STF: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Súm. 115, STJ: Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogados sem procuração nos autos.

#### **CAPÍTULO 6**

#### **APELAÇÃO**

Súm. 55, STJ: Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal.

Súm. 118, STJ: O agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo de liquidação.

Súm. 317, STJ: É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos.

Súm. 331, STJ: A apelação interposta contra sentença que julga embargos à arrematação tem efeito meramente devolutivo.

## **CAPÍTULO 7**

### **AGRAVO**

Súm. 287, STF: Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súm. 288, STF: Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

Súm. 289, STF: O provimento do agravo por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário.

Súm. 292, STF: Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o conhecimento por qualquer dos outros<sup>1</sup>.

Súm. 506, STF (cancelada): O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26.6.1964, 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.

Súm. 639, STF: Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.

Súm. 727, STF: Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo 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.

Súm. 55, STJ: Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal.

Súm. 115, STJ: Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

Súm. 126, 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.

Súm. 182, STJ: É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Súm. 216, STJ: A tempestividade do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio.

Súm. 217, STJ (cancelada): Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.

Súm. 223, STJ: A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo.

Súm. 256, STJ (cancelada): O sistema de “protocolo integrado” não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

## **CAPÍTULO 8**

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Súmula vinculante 21, STF: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Súmula vinculante 28, STF: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Súm. 98, STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Súm. 373, STJ: É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.

## **CAPÍTULO 9**

### **EMBARGOS INFRINGENTES**

Súm. 211, STF: Contra a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo<sup>2</sup>, por ocasião do julgamento da apelação, não se admitem embargos infringentes ou de nulidade<sup>3</sup>.

Súm. 281, STF: É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súm. 293, STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais.

Súm. 294, STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança.

Súm. 295, STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão unânime do Supremo Tribunal Federal em ação rescisória.

Súm. 296, STF: São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada, pela Turma, no julgamento do recurso extraordinário.

Súm. 354, STF: Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação.

Súm. 355, STF: Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida.

Súm. 455, STF: Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional.

Súm. 597, STF: Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.

Súm. 88, STJ: São admissíveis embargos infringentes em processo falimentar.

Súm. 169, STJ: São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

Súm. 207, STJ: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.

Súm. 255, STJ: Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito.

Súm. 390, STJ: Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes.

## **CAPÍTULO 10**

### **RECURSO ORDINÁRIO**

Súm. 272, STF: Não se admite como recurso ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.

Súm. 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súm. 299, STF: O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de *habeas corpus*, serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno.

Súm. 319, STF: O prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus* ou mandado de segurança, é de cinco dias.

Súm. 454, STF: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

Súm. 597, STF: Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.

Súm. 5, STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Súm. 7, STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súm. 169, STJ: São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

## **CAPÍTULO 11**

### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL**

Súm. 228, STF: Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou do agravo destinado a fazê-lo admitir.

Súm. 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súm. 280, STF: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

Súm. 281, STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súm. 282, STF: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súm. 283, STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súm. 284, STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súm. 285, STF: Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra “c” do art. 101, III, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

Súm. 286, STF: Não se conhece do recurso extraordinário fundado na divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súm. 291, STF: No recurso extraordinário pela letra “d” do art. 101, III, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão ou mediante indicação do Diário da Justiça ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados<sup>5</sup>.

Súm. 292, STF: Interposto o recurso extraordinário, por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, n. III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros<sup>6</sup>.

Súm. 356, STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Súm. 369, STF: Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial.

Súm. 400, STF: Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal<sup>7</sup>.

Súm. 454, STF: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

Súm. 456, STF: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.

Súm. 528, STF: 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.

Súm. 634, STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súm. 635, STF: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Súm. 636, STF: 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.

Súm. 637, STF: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.

Súm. 638, STF: A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.

Súm. 640, STF: É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

Súm. 733, STF: Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Súm. 735, STF: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

Súmula vinculante 4, STF: Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula vinculante 6, STF: Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para os praças

prestadores de serviço militar inicial.

Súmula vinculante 10, STF: Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.

Súm. 5, STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Súm. 7, STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súm. 13, STJ: A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.

Súm. 83, STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súm. 86, STJ: Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

Súm. 98, STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Súm. 115, STJ: Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

Súm. 123, STJ: A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.

Súm. 126, 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.

Súm. 187, STJ: É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

Súm. 203, STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

Súm. 207, STJ: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.

Súm. 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo

tribunal *a quo*.

Súm. 216, STJ: A tempestividade do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega no agência do correio.

Súm. 256, STJ (cancelada): O sistema de “protocolo integrado” não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Súm. 311, STJ: Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

Súm. 320, STJ: A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

Súm. 418, STJ: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

## **CAPÍTULO 12**

### **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA**

Súm. 233, STF: Salvo em caso de divergência qualificada (Lei n. 623, de 1949), não cabe recurso de embargos contra decisão que nega provimento a agravo ou não conhece de recurso extraordinário, ainda que por maioria de votos<sup>8</sup>.

Súm. 247, STF: O relator não admitirá os embargos da Lei n. 623, de 19.2.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada<sup>9</sup>.

Súm. 283, STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súm. 290, STF: Nos embargos da Lei n. 623, de 19.2.1949, a prova de divergência far-se-á por certidão, ou mediante indicação do “Diário da Justiça” ou de repertório de jurisprudência autorizado, que a tenha publicado com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados<sup>10</sup>.

Súm. 300, STF: São incabíveis os embargos da Lei n. 623, de 19.2.1949, contra provimento de agravo para subida de recurso extraordinário<sup>11</sup>.

Súm. 598, 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.

Súm. 599, STF: São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma em agravo regimental. (cancelada)

Súm. 126, 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.

Súm. 158, 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.

Súm. 168, STJ: Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Súm. 216, STJ: A tempestividade do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio.

Súm. 315, STJ: Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial.

Súm. 316, STJ: Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial.

Súm. 420, STJ: Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais.

## **PARTE II**

# **PROCESSOS E INCIDENTES NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS**

### **CAPÍTULO 1**

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

Súm. 249, STF: 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.

Súm. 252, STF: Na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo.

Súm. 264, STF: Verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de cinco anos.

Súm. 268, STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Súm. 343, STF: Não cabe ação rescisória contra ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Súm. 400, STF: Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal<sup>12</sup>.

Súm. 514, STF: Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos.

Súm. 515, STF: A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.

Súm. 106, STJ: Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Súm. 175, STJ: Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.

Súm. 401, STJ: O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

Súm. 129, TFR: É exigível das autarquias o depósito previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil, para efeito de processamento da ação rescisória.

Súm. 234, TFR: Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada.

Súm. 63, TRF4: Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional.

Súm. 27 do TRF3: É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

## CAPÍTULO 2

## **UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS**

Não há referências a súmulas.

### **CAPÍTULO 3 SÚMULAS VINCULANTES**

Não há referências a súmulas.

### **CAPÍTULO 4 CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Súm. 293, STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais.

Súm. 455, STF: Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional.

Súm. 513, STF: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário 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.

Súmula vinculante 10, STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

### **CAPÍTULO 5 HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA**

Súm. 381, STF: Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais.

Súm. 420, STF: Não se homologa sentença estrangeira proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.

## **PARTE III SUCEDÂNEOS RECURSAIS**

### **CAPÍTULO 1 AÇÃO ANULATÓRIA**

Não há referências a súmulas.

## **CAPÍTULO 2**

### **REEXAME NECESSÁRIO**

Súm. 423, STF: Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.

Súm. 45, STJ: No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

Súm. 253, STJ: O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.

Súm. 325, STJ: A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.

Súm. 390, STJ: Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes.

Súm. 490, STJ: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Súm. 108, TJSP: A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula n. 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei n. 10.352/2001.

## **CAPÍTULO 3**

### **RECLAMAÇÃO**

Súm. 734, STF: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

## **CAPÍTULO 4**

### **MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL**

Súm. 267, STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Súm. 268, STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Súm. 294, STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança.

Súm. 330, STF: O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Súm. 430, STF: Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.

Súm. 597, STF: Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu por maioria de votos, a apelação.

Súm. 624, STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais.

Súm. 631, STF: Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

Súm. 632, STF: É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

Súm. 701, STF: No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

Súm. 733, STF: Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Súm. 41, STJ: O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros Tribunais ou dos respectivos órgãos.

Súm. 169, STJ: São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

Súm. 202, STJ: A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.

Súm. 311, STJ: Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

Súm. 376, STJ: Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.

## **CAPÍTULO 5**

### **PEDIDOS DE RECONSIDERAÇÃO**

Não há referências a súmulas.

## **CAPÍTULO 6**

### **CORREIÇÃO PARCIAL**

Súmula vinculante 3, STF: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Súmula vinculante 5, STF: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súm. 343, STJ: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

1 O art. 101, III, da Constituição Federal de 1946 corresponde ao art. 102, III, da Constituição Federal de 1988.

2 Para o CPC/73, leia-se “agravo retido”.

3 Para o CPC/73, leia-se “embargos infringentes”.

4 O art. 101, III, “c”, da Constituição Federal de 1946 corresponde ao art. 102, III, “b”, da Constituição Federal de 1988.

5 O art. 101, III, “d”, da Constituição Federal de 1946 corresponde ao art. 105, III, “c”, da Constituição Federal de 1988.

6 O art. 101, III, da Constituição Federal de 1946 corresponde ao art. 102, III, da Constituição Federal de 1988.

7 O art. 101, III, “a”, da Constituição Federal de 1946 corresponde ao art. 102, III, “a”, da Constituição Federal de 1988, embora abrangesse, também, a hipótese de a decisão ser “contrária (...) à letra de tratado ou lei federal”.

8 A referida Lei n. 623, de 19.2.1949, introduziu um parágrafo único no art. 833 do CPC/1939, passando a admitir o que o CPC/1973 chama de “embargos de divergência” no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

9 A referida Lei n. 623, de 19.2.1949, introduziu um parágrafo único no art. 833 do CPC/1939, passando a admitir o que o CPC/1973 chama de “embargos de divergência” no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

[10](#) A referida Lei n. 623, de 19.2.1949, introduziu um parágrafo único no art. 833 do CPC/1939, passando a admitir o que o CPC/1973 chama de “embargos de divergência” no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

[11](#) A referida Lei n. 623, de 19.2.1949, introduziu um parágrafo único no art. 833 do CPC/1939, passando a admitir o que o CPC/1973 chama de “embargos de divergência ” no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

[12](#) O art. 101, III, “a”, da Constituição Federal de 1946 corresponde ao art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, embora abrangesse, também, a hipótese de a decisão ser “contrária (...) à letra de tratado ou lei federal”.

## APÊNDICE 3

### Uma breve incursão no “novo Código de Processo Civil”

As propostas constantes do Projeto do novo Código de Processo Civil, apresentado pela Comissão de Juristas, aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010) e pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), pendente de aprovação no Plenário daquela Casa, quando do fechamento desta edição, a respeito dos assuntos tratados neste volume são, em síntese, as seguintes:

O Livro IV do Projeto do Senado (correspondente ao Livro III da Parte Especial do Projeto da Câmara) dedica-se integralmente ao que ele próprio denomina (e o faz adequadamente) “Dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”. Ele é dividido em dois Títulos. O primeiro ocupa-se com “os processos nos Tribunais”; e o segundo, com os recursos em espécie. O art. 882 do Projeto do Senado elege como premissas fundamentais a observância da jurisprudência e a sua uniformização, incentivando, inclusive, a edição de súmulas pelos Tribunais. Trata-se – não há por que colocar em dúvida – o acerto da perspectiva, de forma segura de realizar, concretamente, o princípio da isonomia, de berço constitucional. Dentre as técnicas adotadas pelo mesmo Projeto para atingir essa finalidade, o art. 883 dá expresso destaque a duas. Uma, já conhecida do direito vigente, é a dos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos. A outra, novidade trazida pela Comissão de Juristas e acolhida pelo Projeto do Senado Federal, é o que foi chamado de “incidente de resolução de demandas repetitivas”. No Projeto da Câmara, essas regras encontram-se nos arts. 520 a 522.

Tanto no Título I do Livro IV do Projeto do Senado como no Título I do Livro III da Parte Especial do Projeto da Câmara seguem-se as disciplinas “da ordem dos processos nos Tribunais”, “da declaração de

inconstitucionalidade” (“incidente de arguição de inconstitucionalidade” na Câmara), “do conflito de competência”, “da homologação de sentença estrangeira ou de sentença arbitral” (“e da concessão de *exequatur* à carta rogatória”, na Câmara) e “da ação rescisória”, cujas alterações e modificações podem ser constatadas na leitura de seus respectivos artigos, abaixo transcritos. No Projeto do Senado, regula-se, tanto quanto no Código em vigor, a “ação anulatória” ao lado da “ação rescisória” (art. 929). Na Câmara, a previsão normativa foi corretamente realocada e aperfeiçoada para o art. 284, localizada dentre as nulidades processuais.

O Capítulo VII do Título I do Projeto do Senado, correspondente ao Capítulo VI do Título I do Livro III da Parte Especial do Projeto da Câmara, cuida do referido “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Trata-se de procedimento que permite aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais avocarem o julgamento de uma determinada *tese jurídica* para definir sua interpretação com caráter *vinculante* a todos os órgãos jurisdicionais sujeitos à sua competência territorial. Como se lê do art. 930 do Projeto do Senado, que encontra correspondência no art. 988 do Projeto da Câmara, sua admissibilidade justifica-se quando for “... identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”. Se eventual recurso extraordinário e/ou especial interposto do acórdão proferido no incidente for julgado em seu *mérito* pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a tese fixada sobre a “idêntica questão de direito” será observada em todo o território nacional (art. 938, parágrafo único, no Senado; art. 995, § 5º, na Câmara). No Projeto da Câmara, contudo, diversamente do que propõe o Senado, a admissibilidade do incidente não é propriamente *preventiva*, já que pressupõe a existência de alguma “causa” em curso nos Tribunais de segundo grau. É ler o art. 988, § 2º, que não encontra correspondência no Projeto do Senado.

Fecha o Título I do Livro IV do Projeto do Senado e do Livro III da Parte Especial do Projeto da Câmara a disciplina da “reclamação”, iniciativa que supre inegável lacuna no Código de Processo Civil vigente, mormente porque admite seu uso perante todos os Tribunais.

O Título II do Livro IV do Projeto do Senado, correspondente ao Título II do Livro III da Parte Especial do Projeto da Câmara, dedica-se aos recursos. Desde logo são anunciados os recursos cabíveis: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo de admissão e embargos de divergência (art. 948 no Senado; art. 1.007 na Câmara), todos interponíveis e respondíveis no prazo de quinze dias, à exceção dos embargos de declaração cujo prazo mantém-se de cinco dias. Dias, aliás, que, de acordo com o art. 186, *caput*, do Projeto do Senado (art. 219 do Projeto da Câmara), são apenas os *úteis*. O Projeto do Senado propõe a extinção dos embargos infringentes. No Projeto da Câmara, aquele recurso é substituído por uma técnica de prolongamento de julgamento da apelação quando, diante de alguns condicionantes, não houver maioria (art. 955). A mesma técnica é reservada para ações rescisórias e agravos de instrumento nos termos do § 3º do dispositivo.

O Projeto do Senado, na linha do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, propõe a eliminação do efeito suspensivo do recurso de apelação como regra. De acordo com o seu art. 949: os recursos – inclusive a apelação – “não impedem a eficácia da decisão”, isto é, não têm “efeito *suspensivo*”. Os parágrafos do dispositivo criam condições para que, caso a caso, aquele efeito seja concedido. O Projeto do Senado acolhe, portanto, a possibilidade da concessão *ope judicis* do efeito suspensivo, abandonando a tradição *ope legis* do direito nacional. O Projeto da Câmara retomou a atual regra do art. 520 do Código em vigor para a apelação (art. 1.025), o que, com o devido respeito, é inquestionável retrocesso.

Também merecedora de nota é a nova disciplina do agravo. O recurso passa a ser cabível, na sua forma por instrumento, apenas das decisões interlocutórias expressamente previstas no Código. De outra parte, propõe-se o fim do agravo na forma retida, cabendo à parte prejudicada por todas as interlocutórias *não agraváveis de instrumento* pleitear seu reexame em sede de apelação, nas suas razões ou contrarrazões (art. 963, parágrafo único, no Senado; art. 1.022, § 1º, na Câmara). O Projeto da Câmara, diferentemente do que propõe o do Senado, exige, para viabilizar este reexame, que a parte prejudicada com a decisão tenha apresentado “protesto” (art. 1.022, § 2º).

O agravo *interno*, de sua parte, ganha previsão expressa no art. 975 do Projeto do Senado (art. 1.034 do Projeto da Câmara). O chamado “agravo de *admissão*” nada mais é do que o agravo do art. 544 do atual Código de Processo Civil, na sua atual roupagem, dada pela Lei n. 12.322/2010, cujo objetivo é o contraste da decisão que nega trânsito a recurso extraordinário e/ou recurso especial (art. 966 no Senado; art. 1.055 na Câmara).

A disciplina do recurso extraordinário e do recurso especial é muito mais bem acabada que a atual, acolhendo e aprimorando todas as mais recentes modificações introduzidas no sistema desde a Emenda Constitucional n. 45/2004. Importa destacar o estabelecimento de condições de um maior e necessário diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que se justifica diante do “modelo constitucional do direito processual civil” e de uma mais aprimorada disciplina dos recursos repetitivos com expressa previsão de os recursos extraordinários também serem julgados em consonância com essa técnica. Longe de eliminar os problemas destacados pelos números 3.5.2 e 4.4 do Capítulo 11 da Parte I deste volume – em especial com relação à delegação de competência para julgamento dos recursos extraordinários e especiais represados – a nova disciplina merece, no geral, ser elogiada. Que seja o início do fim da era do que vem sendo chamado de “jurisprudência defensiva”.

O reexame necessário é mantido em ambos os Projetos (art. 483 no Senado; art. 507 na Câmara), ampliando-se as hipóteses de sua dispensa, estando sua disciplina intercalada com a da sentença, tal como no Código em vigor.

A síntese que ocupa os parágrafos anteriores é bastante para *informar* o leitor sobre as discussões sobre o novo Código de Processo Civil que ainda ocupam a agenda do Congresso Nacional. Ir além é, como anuncia a Nota Introdutória desta edição, desviar-se do objetivo *formador* de um *Curso*, como quer ter o presente.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABDO, Helena Najjar. Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 9.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Admissibilidade do recurso especial*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1996.

ALLA, Valentina Jungmann Cintra. *O novo recurso de agravo e a Lei n. 9.139/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Manual de processo civil e prática forense*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. vol. 1.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 3º vol.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. 4º vol.

ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. vol. IX.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Embargos infringentes*. São Paulo: Saraiva, 1973.

ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Recursos no processo civil: teoria geral e recursos em espécie*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. Correição Parcial. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 452, 1973.

\_\_\_\_\_. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1976.

\_\_\_\_\_. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 48, 1987.

\_\_\_\_\_. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ASSIS, Araken de. Embargos infringentes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 9.

\_\_\_\_\_. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 6.

\_\_\_\_\_. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: FIEO, 1976.

AZEVEDO, Sylvio Ximenez de. *Notações sobre os recursos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 335, 1996.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. V.

\_\_\_\_\_. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Inovações da Lei 9.756/98 em matéria de recursos civis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. Julgamento do recurso especial ex art. 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa. In: *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, 1968.

\_\_\_\_\_. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 11.

\_\_\_\_\_. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BAPTISTA, N. Doreste. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 7.

BELTRAME, Adriana. *Reconhecimento de sentenças estrangeiras*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BELTRÃO, Jorge. *Do agravo no auto do processo: no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Juriscredi, 1971.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. vol. VII.

BOLZANI, Virginia Brodbeck. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

BOMFIM, Edson Rocha. *Recurso especial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 10.

BORGES, Marcos Afonso. *Embargos infringentes*. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. *Recursos cíveis*. Belém: CEJUP, 1987.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. *Apelação cível*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1997.

BUZAID, Alfredo. Correição parcial. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 175, 1958.

\_\_\_\_\_. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1964.

\_\_\_\_\_. *Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.

\_\_\_\_\_. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do mandado de segurança contra atos judiciais. In: GIL, Otto de Andrade (org.). *Estudos sobre o mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. vol. I.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *O efeito devolutivo da apelação*. Espírito Santo: Ex Libris, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 10.

\_\_\_\_\_. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. vol. III.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos (art. 557)*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Reflexão sobre o instrumento do agravo: peças obrigatórias, facultativas, necessárias e úteis. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 7.

CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *Dos recursos em geral e dos processos para declaração de direitos*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1940.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. vol. X.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Análise da Súmula 734 do STF à luz da natureza jurídica da reclamação constitucional. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 8.

\_\_\_\_\_. *Recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

CHEIM JORGE, Flávio. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Embargos infringentes: uma visão atual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. III. Tradução da 2. ed. ital. por J. Guimarães Menegale.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 595. 1985.

\_\_\_\_\_. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

COIMBRA, Andrea Leonardo. *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2005.

CORRÊA, Josel Machado. *Recurso de agravo: história e dogmática por mais de 500 anos*. São Paulo: Iglu, 2001.

\_\_\_\_\_. *Recurso de apelação: história e dogmática*. São Paulo: Iglu, 2001.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os Tribunais Superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

\_\_\_\_\_. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Moacyr Lobo da. *O agravo no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

\_\_\_\_\_. *Reflexões críticas sobre a ação rescisória*. São Paulo: APMP, 1984.

COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COUTO, Mônica Bonetti. *Recurso adesivo: um exame à luz da teoria geral dos recursos*. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Gisele Heloísa. *Embargos infringentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Embargos infringentes contra parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 154. 2007.

D'AQUINO E CASTRO, Olegário Herculano. *Practica das correições: ou commentario ao regulamento de 02/10/1851*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert Editores, 1862.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Embargos de declaração. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 102, 2001.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado – Questões processuais*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2008.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2000.

DELGADO, José Augusto. O incidente de arguição de inconstitucionalidade da lei tributária no âmbito do recurso especial. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 11.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais – das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Transformações do recurso extraordinário. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 10.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Eficácia de autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 76, 1994.

\_\_\_\_\_. Tempestividade dos recursos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 16, 2004.

FACCI, Lucio Picanço. *Mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

FADEL, Sergio Sahione. *O processo nos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA, José Nunes. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol. 7.

FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário – Súmula 356/STF x Súmula 211/STJ?. In. ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Recursos especial e extraordinário: interposição simultânea, fundamentos suficientes e prejudicialidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso especial: questão de fato/questão de direito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

FORNACIARI JR., Clito. Provimento monocrático ao agravo. *Tribuna do Direito*. São Paulo: Editora Jurídica MMM, ano 15, n. 177, janeiro de 2010.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Embargos de divergência em recurso especial e extraordinário*. São Paulo. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, e *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUIMARÃES, Ary Florencio. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional no direito brasileiro*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Efeito devolutivo da apelação. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969.

GUIMARÃES, Renato Lôbo. *Embargos de declaração com efeito modificativo do julgado*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coord.). *O novo regime do agravo de instrumento e do agravo retido: modificações da Lei 11.187/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KLIPPEL, Rodrigo. *Ação rescisória: teoria e prática*. Niterói: Ímpetus, 2008.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de declaração: teoria geral e efeitos infringentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 9.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. VI.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

\_\_\_\_\_. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LODI, Luis Fernando Balieiro. Embargos declaratórios prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2006. vol. 2.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araujo. *Direito processual civil brasileiro (Código de 1939)*. Rio de Janeiro: Konfino, 1946. vol. III.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.). *Regimentos internos comparados e anotados*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória: art. 486 do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Tutela cautelar no sistema recursal do Código de Processo Civil modificado. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 83, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário: de acordo com a Lei 11.418/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Tereza Cristina. Sobre o pedido de reconsideração (sucedâneo de recurso?). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, 1991.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 3º v.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 11.

MATTOS E SILVA, Bruno. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A “remessa necessária” (reexame por remessa) e sua natureza jurídica. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 12.

MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2001. vol. 1 – parte geral.

\_\_\_\_\_. *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. vol. 2 – vetores recursais.

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

\_\_\_\_\_. O que precisamos é de uma jurisprudência íntegra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-12/processo-precisamos-jurisprudencia-integra>>. Acesso em: 1º.9.2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 8.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Raul Armando. *Da interposição do recurso extraordinário*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. *Agravo interno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILHOMENS, Jônatas. *Dos recursos cíveis: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTE, Roberval Clementino Costa do. *O processo civil na superior instância*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTEIRO, Samuel. *Recurso especial e extraordinário e outros recursos*. São Paulo: Hemus, 1995.

MORAES, Guilherme Peña de. *Homologação de sentença estrangeira à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÓSCA, Hugo. *O recurso especial e seus pressupostos*. Brasília: Thesaurus, 1996.

NAGIB, Miguel Francisco Urbano. Prequestionamento: análise de uma inovação introduzida pelo STF e pelo STJ. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 19, 1995.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGRI, Marcelo. *Embargos infringentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JR., Nelson. Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 7.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NETO, Luiz Orione. *Recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NETTO, Nelson Rodrigues. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 10.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. *Do recurso adesivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Agravo contra as decisões de primeiro grau: de acordo com a Lei 11.187/2005*. São Paulo: Método, 2006.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Embargos de divergência. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 9.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Recurso especial – Algumas questões de admissibilidade. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Apelação no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Agravo interno e agravo regimental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *O novo sistema recursal cível brasileiro*. Florianópolis: Habitus, 2001.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

OLIVEIRA FILHO, João de. *Prática dos recursos extraordinários*. São Paulo: Forense, 1976.

OLMO, Marcelo P. de. *La apelación en el juicio ejecutivo y en la ejecución de sentencia*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1986.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Agravo no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PINTO FERREIRA. *Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PINTO, Nelson Luiz. As súmulas do STJ e do STF e sua influência na admissibilidade do Recurso Especial. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, 1991.

\_\_\_\_\_. *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial para o STJ*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VI.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VII.

\_\_\_\_\_. *Tratado da ação rescisória*. São Paulo: Bookseller, 1998.

PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. *Teoria crítica do recurso especial: jurisprudência e doutrina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 6.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processual civile*. 5. ed. Jovene: Nápoles, 2006.

PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2001.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. vol. III.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIZZI, Sergio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. Recurso adesivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 30, 1983.

ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RODRIGUES, Dirceu A. Víctor. *O processo civil perante os tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *Recursos da nova constituição: extraordinário, especial e ordinário constitucional em mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Recurso de agravo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial – Visão geral. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 56, 1989.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática do recurso extraordinário cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei 11.187, de 19.10.2005, e 11.232, de 22.12.2005*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

\_\_\_\_\_. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7.2.2006, 11.277, de 7.2.2006, e 11.280, de 16.2.2006*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.

\_\_\_\_\_. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6-12-2006*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3.

\_\_\_\_\_. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. A tutela antecipada na Lei 10.352/2001 (uma proposta de interpretação para o art. 520, VII, do CPC). In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. *Processo civil – aspectos relevantes: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e sentença denegatória em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 80, 1995.

\_\_\_\_\_. De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário n. 298.695/SP. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 8.

\_\_\_\_\_. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, 1996.

\_\_\_\_\_. Efeitos de liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade e recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais,

vol. 86, 1997.

\_\_\_\_\_. Efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 10.

\_\_\_\_\_. *Execução provisória e antecipação da tutela*: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*: comentários às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas do recurso de agravo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 1, 2003.

\_\_\_\_\_. Súmulas 282, 288 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos Tribunais Superiores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. Súmulas 282, 288 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação pelos Tribunais Superiores. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Uma primeira reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O agravo e o “mito de Prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 9.

\_\_\_\_\_. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Recurso intempestivo por prematuridade? In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 11.

SIDOU, Othon. *Os recursos processuais na história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Armindo Guedes da. *Tribunais de duplo grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Bruno Freire e. *Ação rescisória: possibilidade e forma de suspensão da execução da decisão rescindenda*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, José Milton da. *Dos recursos no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1995.

SILVA JUNIOR, Gervásio Lopes da. *Julgamento direto do mérito na instância recursal: art. 515, § 3º, CPC*. Bahia: Podivm, 2007.

SIMARDI, Cláudia A. Remessa obrigatória (após o advento da Lei 10.352/2001). In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de*

*impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 6.

SHIMURA, Sergio. Embargos infringentes e seu novo perfil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 5.

SOUZA, André Pagani de. O regime de retenção do agravo como regra geral. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 10.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Fernanda Siqueira Cunha de. O que se entende por reforma da decisão para fins do cabimento dos embargos infringentes? *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 153, 2007.

SWENSSON, Walter Cruz; NETO, Renato Swensson; LONGATO, Carlos Freire. *Ações originárias e recursos no Tribunal de Justiça*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TAKOI, Sérgio Massaru. *Mandado de segurança para controle dos atos jurisdicionais*. São Paulo: Pillares, 2006.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 80, 1995.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 5.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006*. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, vol. 9, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 1.

\_\_\_\_\_. O juízo divisório. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, 1982.

\_\_\_\_\_. *Recursos: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. vol. 2.

TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2004.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário – Ausência de fundamentação explícita no acórdão objeto de embargos declaratórios com o fim de prequestionamento – Consequências. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, 1996.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUMA, Wadih Aidar. A correição parcial em face do novo Código de Processo Civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, vol. 9, 1976.

VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 616, 1967.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática dos recursos*. São Paulo: Saraiva, 1976.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça – Competências originária e recursal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo

(coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Os recursos cíveis e as inovações da Lei n. 9.756/98*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

VIDIGAL, Luís Eulálio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. vol. VI.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIVEIROS, Stefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 7.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A função das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do Direito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 40, 1985.

\_\_\_\_\_. Ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 40, 1995.

\_\_\_\_\_. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Despachos, pronunciamentos recorríveis? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, 1990.

\_\_\_\_\_. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de*

*impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 8.

\_\_\_\_\_. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria geral dos recursos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZARIF, Cláudio Cintra. Dos efeitos da apelação nas sentenças que julgam ações conexas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 5.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## SITES CONSULTADOS

Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo – [www.al.sp.gov.br](http://www.al.sp.gov.br)  
Associação dos Advogados de São Paulo – [www.aasp.org.br](http://www.aasp.org.br)  
Câmara dos Deputados – [www2.camara.gov.br](http://www2.camara.gov.br)  
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – [www.oab.org.br](http://www.oab.org.br)  
Instituto Brasileiro de Direito Processual – [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br)  
Portal da Justiça Federal – [www.jf.jus.br/cjf](http://www.jf.jus.br/cjf)  
Portal do Governo do Estado de São Paulo – [www.saopaulo.sp.gov.br](http://www.saopaulo.sp.gov.br)  
Presidência da República – [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)  
Senado Federal – [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)  
Superior Tribunal de Justiça – [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)  
Supremo Tribunal Federal – [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)  
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)  
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)  
Tribunal Regional Federal da 1ª Região – [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br)  
Tribunal Regional Federal da 2ª Região – [www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – [www.trf3.jus.br](http://www.trf3.jus.br)  
Tribunal Regional Federal da 4ª Região – [www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)  
Tribunal Regional Federal da 5ª Região – [www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br)