

3

**edição
2014**

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FREDIE DIDIER JR.
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais

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

12ª edição
revista,
ampliada e
atualizada



EDITORA
JuPODIVM

www.editorajudivm.com.br

FREDIE DIDIER JR.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.
www.frediedidier.com.br

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor de Relações Institucionais da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado e consultor jurídico.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSO NOS TRIBUNAIS

VOLUME 3

11ª edição

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

2013

 **EDITORA**
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador– Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

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

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Cendi Coelho (cendicoelho@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

*A José Carlos Barbosa Moreira,
no ano do seu septuagésimo quinto
aniversário, por tudo o que significa
para os processualistas da nossa geração.*

SUMÁRIO

NOTAS DOS AUTORES	
À DÉCIMA PRIMEIRA EDIÇÃO	17

Capítulo I

TEORIA DOS RECURSOS	19
1. Conceito de recurso	19
2. O princípio do duplo grau de jurisdição	20
3. O recurso no sistema dos meios de impugnação da decisão judicial	26
4. Classificação	27
4.1. Quanto à extensão da matéria: recurso parcial e recurso total	27
4.2. Quanto à fundamentação: fundamentação livre e fundamentação vinculada	28
5. Atos sujeitos a recurso e recursos em espécie	29
5.1. Introdução – considerações sobre as mudanças feitas pela Lei Federal n. 11.232/2005, em relação à definição dos pronunciamentos judiciais	29
5.2. Sistematização	32
6. Desistência do recurso	36
7. Renúncia ao direito de recorrer e aquiescência à decisão	41
8. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito do recurso	42
8.1. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: distinção	42
8.2. Generalidades sobre o juízo de admissibilidade	44
8.3. Objeto do juízo de admissibilidade	46
8.3.1. Consideração introdutória	46
8.3.2. Cabimento. Princípio da fungibilidade. Regras da singularidade e da taxatividade dos recursos	46
8.3.2.1. Princípio da fungibilidade dos recursos	47
8.3.2.2. Regra da unicidade, unirrecorribilidade ou singularidade	48
8.3.2.3. Regra da taxatividade	50
8.3.3. Legitimidade (art. 499, CPC)	50
8.3.4. Interesse	53
8.3.4.1. Generalidades	53
8.3.4.2. Interesse recursal e formação do precedente judicial	55
8.3.5. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer	56
8.3.6. Tempestividade	57
8.3.7. Regularidade formal. A regra da dialeticidade dos recursos	67
8.3.8. Preparo	69

8.4.	Natureza jurídica do juízo de admissibilidade	77
8.5.	Juízo de mérito.....	80
8.5.1.	Conceito de mérito do recurso.....	80
8.5.2.	A causa de pedir recursal: o <i>error in procedendo</i> e o <i>error in iudicando</i>	81
8.5.3.	Cumulação de pedidos no recurso.....	83
8.5.4.	Julgamento rescindente e julgamento substitutivo. O efeito substitutivo dos recursos.....	86
9.	Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i> . Vedação ao “benefício comum” do recurso	87
10.	Efeitos dos recursos	89
10.1.	Impedimento ao trânsito em julgado.....	89
10.2.	Efeito suspensivo.....	90
10.3.	Efeito devolutivo: extensão e profundidade (efeito translativo).....	91
10.4.	Efeito regressivo ou efeito de retratação.....	96
10.5.	Efeito expansivo subjetivo (extensão subjetiva dos efeitos).....	97
11.	O recurso adesivo	97

Capítulo II

APELAÇÃO.....	107
1. Conceito	107
2. Situações excepcionais.....	108
2.1. Embargos infringentes de alçada	108
2.2. Causas internacionais.....	109
2.3. Lei de Assistência Judiciária.....	110
2.4. Sentença que julga a liquidação da sentença	112
2.5. Sentença que decreta a falência	115
3. Regularidade formal.....	116
4. Efeitos	118
4.1. Efeito devolutivo.....	118
4.2. Análise do mérito pelo tribunal, após afastar o motivo da extinção do processo (§ 3º do art. 515 do CPC).....	120
4.3. Apelação na hipótese do art. 285-A do CPC.....	126
4.4. Efeito suspensivo	131
4.5. Meios para concessão de efeito suspensivo à apelação	136
5. Questões anteriores à sentença ainda não decididas (CPC, art. 516).....	141
6. A inovação em sede de apelação.....	142
7. Procedimento.....	144
7.1. Procedimento em primeira instância. A súmula impeditiva de recurso.....	144
7.2. Procedimento no tribunal.....	147
7.3. Correção de defeitos processuais no procedimento da apelação	149

Capítulo III

AGRAVO	153
1. O agravo no CPC de 1973	153
2. O agravo retido.....	154
3. Impossibilidade de o recorrente optar pelo agravo retido ou pelo agravo de instrumento. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido por decisão do relator.....	161
4. O agravo de instrumento.....	168
4.1. Peças obrigatórias	168
4.2. As peças facultativas.....	174
4.3. As peças essenciais ou necessárias	175
4.4. Desnecessidade de autenticação	176
4.5. Comprovação da interposição do agravo de instrumento (art. 526, parágrafo único, CPC)	177
4.6. Procedimento do agravo de instrumento.....	181
4.7. Considerações sobre o agravo contra a decisão do relator. Inviabilidade do agravo interno contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal.....	184
4.8. Extinção do processo em julgamento de agravo de instrumento.....	190
4.9. Agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença.....	191
4.10. Agravo de instrumento contra decisão que trata da compensação de créditos da dívida ativa com precatórios (Lei Federal n. 12.431/2011)	197

Capítulo IV

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	199
1. Os embargos de declaração como recurso e suas hipóteses de cabimento	199
2. Efeitos dos embargos de declaração.....	204
2.1. Efeito devolutivo.....	204
2.2. Efeito suspensivo.....	206
2.3. O denominado efeito modificativo dos embargos de declaração (“embargos de declaração com efeito infringente”).....	207
2.4. Interromper o prazo de interposição de outro recurso	208
3. Decisão omissa e dispensabilidade da oposição dos embargos de declaração.....	215
4. Natureza da decisão que julga os embargos de declaração.....	220
5. Competência para o julgamento dos embargos de declaração	222
6. Prazo.....	223
7. Regularidade formal dos embargos de declaração.....	225
8. Dispensa de preparo.....	225
9. Contraditório e embargos de declaração	226
10. Multa pelo caráter protelatório.....	226
11. Embargos de declaração e prequestionamento.....	229
12. Embargos de declaração e o direito ao aditamento do recurso já interposto (“princípio” da complementaridade)	230

13. Ratificação do recurso após julgamento dos embargos de declaração. Enunciado 418 da súmula do STJ	231
14. Uniformização de jurisprudência nos embargos de declaração	233
15. Controle de constitucionalidade e o julgamento dos embargos de declaração	234

Capítulo V

EMBARGOS INFRINGENTES	235
1. Controvérsia sobre a manutenção dos embargos infringentes no direito positivo	235
2. Os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos pelo CPC de 1939	236
3. As hipóteses de cabimento dos embargos infringentes no CPC/73	238
4. Cabimento dos embargos infringentes <i>apenas</i> de acórdão de mérito que julgar a apelação	242
5. Embargos infringentes em ação rescisória	244
6. Situações polêmicas	246
6.1. Reexame necessário	246
6.2. Embargos de declaração	247
6.3. Julgamento de agravo	248
6.4. Voto-médio	252
6.5. Parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios	253
7. Os efeitos dos embargos infringentes	256
8. Os embargos infringentes e a ausência de declaração de voto vencido	257
9. As razões de decidir nos embargos infringentes (vinculação aos argumentos do voto vencido?)	258
10. Procedimento dos embargos infringentes	259
11. Os embargos infringentes e o prazo para os recursos extraordinário e especial (o art. 498 do CPC)	261

Capítulo VI

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL	265
1. Generalidades	265
2. Recurso ordinário constitucional para o STF	265
3. Recurso ordinário constitucional para o STJ	269
3.1. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança	269
3.2. Recurso ordinário constitucional em causas internacionais	270

Capítulo VII

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL	273
1. Características gerais	273
2. Efeito devolutivo restrito. Recursos de fundamentação vinculada	274
3. Recurso excepcional e reexame de prova	274
4. Recurso excepcional e os conceitos vagos	275
5. Recurso excepcional e interpretação de cláusula contratual	277

6.	Prequestionamento	278
7.	Exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias	284
8.	Recursos extraordinário e especial contra provimentos de urgência (Súmula do STJ, n. 86 e Súmula do STF, n. 735).....	286
9.	Recurso extraordinário e recurso especial retidos (art. 542, § 3º, CPC).....	291
10.	Sistema de admissibilidade desdobrado.....	296
11.	Permitem execução provisória	297
12.	profundidade do efeito devolutivo dos recursos excepcionais.....	300
12.1.	Generalidades. O n. 456 da súmula do STF. O exame de questões de ordem pública e de outras questões não enfrentadas pelo tribunal recorrido.....	300
12.2.	As questões supervenientes. O art. 462 do CPC aplicado aos recursos extraordinários	305
12.3.	Os enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência predominante do STF	308
13.	Preparo	312
14.	Interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário. O enunciado n. 126 da súmula da jurisprudência predominante do STJ	315
15.	Processamento dos recursos extraordinários. Análise do art. 543 do CPC	317
16.	Agravo contra a decisão que nega seguimento, na origem, a recurso extraordinário ou recurso especial (art. 544 do CPC)	320
17.	Recurso especial.....	325
17.1.	O papel do STJ.....	325
17.2.	Considerações gerais sobre o recurso especial	326
17.3.	Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 105 da CF/88	327
17.4.	Cabimento com fundamento na letra “b” do inciso III do art. 105 da CF/88.....	330
17.5.	Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 105 da CF/88.....	330
17.6.	Recurso extraordinário em julgamento de recurso especial	336
17.7.	Controle difuso da constitucionalidade da lei federal apontada como violada.....	336
17.8.	Recurso especial em reexame necessário	337
17.9.	Julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos.....	339
17.10.	Desistência do recurso no procedimento de julgamento por amostragem	347
18.	Recurso extraordinário.....	349
18.1.	Papel do STF	349
18.2.	Considerações gerais.....	349
18.3.	Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 102 da CF/88	351
18.4.	Cabimento com fundamento na letra “b” do inciso III do art. 102 da CF/88	352

18.5. Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 102 da CF/88	353
18.6. Cabimento com fundamento na letra “d” do inciso III do art. 102 da CF/88	354
18.7. Recurso extraordinário contra julgamento que contraria tratado internacional sobre direitos fundamentais	355
18.8. A repercussão geral	356
18.9. A “objetivação” do recurso extraordinário	371
19. Enunciados das súmulas da jurisprudência predominante do STJ e do STF sobre recursos excepcionais	378
19.1. Enunciados da Súmula do STF	378
20.2. Enunciados da Súmula do STJ	380

Capítulo VIII

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	381
1. Objetivos dos embargos de divergência	381
2. Hipóteses de cabimento	381
3. Necessidade de a divergência ser atual e sua comprovação (confronto analítico)	386
4. Procedimento	388

Capítulo IX

AÇÃO RESCISÓRIA	391
1. Noção geral	391
2. Pressupostos da ação rescisória	392
3. O objeto da ação rescisória	393
4. Legitimidade	400
5. Competência para processar e julgar a ação rescisória	406
6. O prazo para ajuizamento da ação rescisória	411
7. Hipóteses de cabimento	420
7.1. A causa de pedir na ação rescisória	420
7.2. Prevaricação, concussão e corrupção	421
7.3. Impedimento do juiz	426
7.4. Incompetência absoluta	426
7.5. Dolo da parte vencedora	429
7.6. Conluio entre as partes	432
7.7. Ofensa à coisa julgada	433
7.8. Violação à literal disposição de lei	435
7.9. Prova falsa	446
7.10. Documento novo	449
7.11. Houver motivo para invalidar confissão, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ou transação em que se baseou a sentença	455
7.12. Erro de fato	461

8. Procedimento.....	464
8.1. Consideração introdutória.....	464
8.2. Petição inicial e depósito obrigatório.....	465
8.3. Valor da causa	472
8.4. Prazo de defesa	473
8.5. Revelia na ação rescisória.....	476
8.6. Reconvenção na ação rescisória.....	478
8.7. Produção de provas na ação rescisória.....	478
8.8. Intervenção do Ministério Público.....	480
8.9. Suspensão da execução da decisão rescindenda e tutela antecipada na ação rescisória	480
9. Julgamento: o <i>iudicium rescindens</i> e o <i>iudicium rescissorium</i>	484
10. Eficácia temporal do julgamento rescindente.....	486
11. Recursos na ação rescisória.....	488
12. Execução na ação rescisória.....	491
13. Ação rescisória de julgamento proferido em ação rescisória.....	491

Capítulo X

AÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA

(<i>QUERELA NULLITATIS</i>).....	493

Capítulo XI

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Consideração introdutória.....	499
2. Distinção entre a reclamação e a correção parcial	500
3. Natureza jurídica.....	501
4. Consequências da definição da natureza jurídica da reclamação constitucional.....	504
5. O posicionamento do STF firmado no julgamento da ADI 2.212-1. A possibilidade de reclamação perante tribunais de justiça. A reclamação como exercício do direito de petição – Crítica.....	505
6. A reclamação perante Tribunal Regional Federal.....	509
7. A reclamação como demanda típica (fundamentação vinculada).....	512
8. A reclamação contra ato que desrespeitou enunciado da súmula vinculante do STF (Lei Federal n. 11.417/2006).....	517
9. Reclamação contra decisão de Juizados Especiais Cíveis Estaduais que contraria entendimento do STJ	520
10. Reclamação e decisão transitada em julgado	526
11. Procedimento.....	527
12. Custas e honorários advocatícios na reclamação	530

Capítulo XII

REEXAME NECESSÁRIO

1. Natureza jurídica.....	531

2. Hipóteses de cabimento.....	532
3. Procedimento.....	534
4. Hipóteses em que pode ser dispensado o reexame.....	537
5. Reexame necessário, sentença terminativa e a possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal (§ 3º do art. 515 do CPC)	541

Capítulo XIII

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	543
1. Previsão legal	543
2. Natureza jurídica do pedido de suspensão	546
3. Legitimidade para o ajuizamento do pedido de suspensão	547
4. Competência para o pedido de suspensão.....	549
5. Procedimento do pedido de suspensão.....	550
6. Duração da suspensão concedida	551
7. Do agravo interno contra a decisão do pedido de suspensão	553
8. Da renovação do pedido de suspensão para o tribunal superior	555
9. Da suspensão para várias decisões similares e do pedido de aditamento	557
10. Da possibilidade de utilização concomitante de agravo de instrumento e de pedido de suspensão dos efeitos da liminar	559

Capítulo XIV

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS.....	561
1. Generalidades	561
2. A função do regimento interno dos tribunais	562
3. Protocolo, registro e distribuição	562
4. Conexão e prevenção	566
5. Distinções: voto, julgamento e acórdão (a necessidade de ementa no acórdão)	566
6. A tutela de urgência no âmbito recursal	570
7. A produção de prova em tribunal	573
8. Relator	576
8.1. Generalidades.....	576
8.2. Análise do art. 557 do CPC.....	577
8.3. O agravo interno	580
9. Revisor	580
10. O julgamento.....	583
10.1. A colegialidade como regra	583
10.2. Convocação de outros juízes para a composição do quorum do julgamento	584
10.3. Da ordem de julgamento, inclusão e publicação da pauta	586
10.4. Exposição da causa pelo relator	588
10.5. Sustentação oral	590
10.5.1. Generalidades	590
10.5.2. O momento para a apresentação da sustentação oral	591

10.5.3. A publicidade como meio de viabilizar a sustentação oral.....	593
10.5.4. Pedido de sustentação oral.....	594
10.5.5. Casos em que não se admite a sustentação oral	596
10.5.6. Aplicação do art. 557 do CPC e o cabimento da sustentação oral	598
10.5.7. Sustentação oral versus esclarecimento de fato.....	599
10.6. Pedido de vista	600
10.7. Julgamento separado do juízo de admissibilidade e de cada um dos pedidos cumulados.....	602
10.8. Correção de defeito processual no julgamento em tribunal.....	604
10.9. A dispersão de votos (quando não se atingiu a maioria). O voto-médio.....	604
10.10. Modificação de voto.....	607
11. Incidentes em julgamento de tribunal.....	608

Capítulo XV

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO

DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO

DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TRIBUNAL	609
1. Considerações gerais sobre os incidentes em julgamento de tribunal	609
2. Uniformização da jurisprudência (arts. 476-479 do CPC).....	613
3. Uniformização da jurisprudência: distinção com o incidente de julgamento de recurso (art. 555, § 1º, CPC) e com os embargos de divergência	617
4. Incidente de decretação de inconstitucionalidade da lei (arts. 480-482 do CPC): peculiaridades	618

BIBLIOGRAFIA.....	625

NOTAS DOS AUTORES

À DÉCIMA PRIMEIRA EDIÇÃO

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

O livro foi atualizado em razão da Lei n. 12.594/2012, que regulou o prazo para o Ministério Público nos procedimentos relacionados à infância e à juventude.

No capítulo sobre os recursos extraordinários, fundimos os antigos itens 12 e 17 em um único item dedicado à profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários – aproveitamos para inserir um subitem em que examinamos a aplicação do art. 462 do CPC na instância extraordinária.

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

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

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

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

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

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

Salvador/Recife, nordeste brasileiro, em janeiro de 2013.

Fredie Didier Jr.

www.frediedidier.com.br

facebook.com/FredieDidierJr

Leonardo Carneiro da Cunha

CAPÍTULO 1

TEORIA DOS RECURSOS

Sumário • 1. Conceito de recurso – 2. O princípio do duplo grau de jurisdição – 3. O recurso no sistema dos meios de impugnação da decisão judicial – 4. Classificação: 4.1. Quanto à extensão da matéria: recurso parcial e recurso total; 4.2. Quanto à fundamentação: fundamentação livre e fundamentação vinculada – 5. Atos sujeitos a recurso e recursos em espécie: 5.1. Introdução – considerações sobre as mudanças feitas pela Lei Federal n. 11.232/2002, em relação à definição dos pronunciamentos judiciais; 5.2. Sistematização – 6. Desistência do recurso – 7. Renúncia ao direito de recorrer e aquiescência à decisão – 8. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito do recurso: 8.1. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: distinção; 8.2. Generalidades sobre o juízo de admissibilidade; 8.3. Objeto do juízo de admissibilidade; 8.3.1. Consideração introdutória; 8.3.2. Cabimento. Princípio da fungibilidade. Regras da singularidade e da taxatividade dos recursos: 8.3.2.1. Princípio da fungibilidade dos recursos; 8.3.2.2. Regra da unicidade, unirecorribilidade ou singularidade; 8.3.2.3. Regra da taxatividade; 8.3.3. Legitimidade (art. 499, CPC); 8.3.4. Interesse: 8.3.4.1. Generalidades; 8.3.4.2. Interesse recursal e formação do precedente judicial; 8.3.5. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; 8.3.6. Tempestividade; 8.3.7. Regularidade formal. A regra da dialeticidade dos recursos; 8.3.8. Preparo; 8.4. Natureza jurídica do juízo de admissibilidade; 8.5. Juízo de mérito; 8.5.1. Conceito de mérito do recurso; 8.5.2. A causa de pedir recursal: o *error in procedendo* e o *error in indicando*; 8.5.3. Cumulação de pedidos no recurso 8.5.4. Julgamento rescindente e julgamento substitutivo. O efeito substitutivo dos recursos – 9. Princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Vedação ao “benefício comum” do recurso – 10. Efeitos dos recursos: 10.1. Impedimento ao trânsito em julgado; 10.2. Efeito suspensivo; 10.3. Efeito devolutivo: extensão e profundidade (efeito translativo); 10.4. Efeito regressivo ou efeito de retratação; 10.5. Efeito expansivo subjetivo (extensão subjetiva dos efeitos) – 11. O recurso adesivo.

1. CONCEITO DE RECURSO

Recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”¹. É preciso fazer algumas anotações a esse conceito.

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

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

b) O recurso prolonga o estado de litispendência, não instaura processo novo. É por isso que estão fora do conceito de recurso as *ações autônomas de impugnação*,

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 233.

que dão origem a processo novo para impugnar uma decisão judicial (ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial, reclamação constitucional, embargos de terceiro etc.).

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

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

O direito ao recurso é conteúdo do direito fundamental de ação. À semelhança do que ocorre com este, o direito ao recurso possui também um conteúdo complexo. Sobre o assunto, ver o v. 1 deste *Curso*.

2. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

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

Questão que divide a doutrina é a que se refere à natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal de 1988, no inciso LV do art. 5º, assegurou a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes; todavia, expressamente, não aludiu ao duplo grau de jurisdição, mas sim aos instrumentos inerentes ao exercício da ampla defesa. Por esse motivo, autorizada doutrina pátria repele que o duplo grau de jurisdição esteja alçado à categoria de princípio constitucional⁵.

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. II ed. cit., p. 236, com inúmeras referências bibliográficas. Também neste sentido, com ampla fundamentação. NERY Jr., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo, RT, 2000, p. 184-206.

3. Assim, também, AMORIM, Aderbal Torres de. *Recursos cíveis ordinários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

4. Há, pois, dois direitos (duas situações jurídicas processuais): o direito ao recurso e o direito à tutela jurisdicional recursal, que decorre do exercício do primeiro. Com outra visão, considerando o direito ao recurso como um direito a uma prestação, pois o “Estado tem de prestar para satisfazer o direito ao recurso – prestar tutela jurisdicional”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 164, nota 2.

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. II ed. cit., p. 239-40; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT,

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

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

O primeiro parte da premissa segundo a qual a referência a “recurso” que consta do inciso LV do art. 5º da CF não se refere ao sentido estrito do termo, ao sistema recursal processual, mas à possibilidade, em tese, de que toda decisão comporte impugnação por vias autônomas (mandado de segurança, ações rescisórias etc.), de que os atos de poder, praticados pelo Judiciário, possam ser submetidos a controle pelas partes. Este seria o sentido amplo dado ao termo recurso utilizado pela Constituição, abrangendo tanto os recursos *stricto sensu* como as ações autônomas de impugnação, os quais atenderiam ao princípio do duplo grau de jurisdição, dando a este o caráter constitucional¹⁰.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier ponderam que, sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é considerado de caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado à moderna noção de Estado de Direito¹¹, que, por sua vez, exige o controle, em sentido duplo, das atividades do Estado pela sociedade. Asseveram que o duplo grau desempenha controle nos dois planos: a sociedade, que, em cada

2000, p. 169-172. Pontua este autor que, muito embora o duplo grau de jurisdição, no tocante ao processo civil, não seja princípio constitucional, quanto ao processo penal, por força do disposto no §2º do art. 5º da CF/88, o Pacto de San José da Costa Rica – art. 8º, n. 2 – teria incluindo no rol de direitos e garantias voltadas ao acusado no processo penal o direito ao duplo grau de jurisdição, porquanto a norma do tratado aluda ao “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” – p. 172.

6. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 217-8.
7. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85-87.
8. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-70; “O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição”. *Revercor – estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia (1891-1981)*. Saraiva: 1981, p. 83-96.
9. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 131-41.
10. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.
11. Neste sentido as ponderações de Nelson Luiz Pinto: “toda decisão é um ato de poder e, como tal, deve comportar controle por parte dos jurisdicionados, como princípio basilar do Estado de Direito”. (*Manual dos recursos cíveis*, cit., p. 86).

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

Advertem, entretanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição, conquanto de cunho constitucional, comporta limitações, cujo exemplo está no § 3º do art. 515, do CPC, que permite ao Tribunal, no julgamento de apelação interposta contra sentença terminativa, conhecer diretamente do mérito, desde que a causa verze exclusivamente sobre questão de direito e esteja pronta para julgamento; nesse caso, mesmo não havendo apreciação da matéria meritória pelo primeiro grau, é permitido que o órgão *ad quem* analise o mérito, intocado por aquele.¹³

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

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

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar”.¹⁴

Malgrado apareça na dogmática processual desde os tempos mais remotos como princípio processual relacionado ao recurso, vez que se constitui na

12. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. cit., p. 140.

13. Gervásio Lopes Jr. entende que o § 3º do art. 515 do CPC não é um limitador do princípio do duplo grau de jurisdição: ele seria, na verdade, responsável, “juntamente com outros dispositivos normativos infra-constitucionais, pela própria delimitação do alcance do considerado princípio, constituindo-se, ao invés de desvios da regra geral, em elementos verdadeiramente responsáveis por sua definição (LOPES Jr., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2007, p. 73).

14. *Direito, Poder Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-70. Do mesmo autor, fundamental a leitura de clássico estudo: “O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição”. *Revercor – estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia (1891-1981)*. Saraiva: 1981, p. 83-96.

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

Com efeito, traz a doutrina como pontos negativos desse princípio: a dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da primeira instância, a quebra de unidade do poder jurisdicional, a dificuldade na descoberta da verdade mais próxima possível da real e a inutilidade do procedimento oral. Seguem os argumentos pertinentes a cada um desses aspectos.

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

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

Quebra de unidade do poder jurisdicional – insegurança. O segundo grau de jurisdição, na apreciação do recurso, pode adotar um de dois posicionamentos: mantém a decisão de primeiro grau, ou a reforma/invalida. Ambas as condutas, sustenta a doutrina, causam descrédito à função jurisdicional. Se mantida a decisão, atesta-se que os atos praticados para a submissão da matéria ao segundo grau de jurisdição afiguraram-se inúteis, continuando a parte recorrente inconformada com o resultado, vez que a movimentação da máquina judiciária, com a consequente elevação de custos não lhe trouxe nenhum benefício psicológico ou jurídico. Caso haja reforma da decisão de primeiro grau, denotar-se-á, assim,

15. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995, p. 98-117; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed. rev. atual., São Paulo: RT, 1998, p. 208-224.

16. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, cit., p. 114-115.

17. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, cit., p. 213.

18. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, cit., p. 115.

19. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, cit., p. 215-216.

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

As ponderações de Luiz Guilherme Marinoni, sob a ótica do jurisdicionado, merecem referência: “o leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal”²¹.

Isso gera, inevitavelmente, efeitos negativos sobre toda a atividade estatal. “Destarte, se através da jurisdição o Estado tem como principal objetivo a aplicação da vontade concreta da lei, as divergências entre as decisões de primeira e segunda instância apontam para um conflito na interpretação das normas, o que conduz à desestabilização de todo o sistema estatal”²².

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

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

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

Ademais, é preciso dizer que há causas de competência originária do STF (art. 102, I, CF/88), em que não há duplo grau de jurisdição. Há, porém, recursos garantidos constitucionalmente, e que não podem ser eliminados por lei infraconstitucional (p. ex.: o recurso ordinário para o STF, art. 102, II, e para o STJ, art. 105, II, ambos da Constituição Federal).

20. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, cit., p. 116.

21. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, cit., p. 215.

22. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, cit., p. 116.

23. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, cit., p. 116.

24. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, cit., p. 133.

Na verdade, a organização do Poder Judiciário, tal como definida na Constituição Federal, denota uma sistemática hierarquizada, havendo tribunais superiores, que estão superpostos a outros tribunais, os quais, por sua vez, estão superpostos a juízos de primeira instância (CF/88, arts. 92, 93, III, 102, II, 105, II, 108).

Ora, os tribunais, na grande maioria dos casos, exercem a função de *reexaminar* as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Em outras palavras, a maior parte da atividade dos tribunais é de segundo grau de jurisdição, daí resultando a evidência de que a Constituição Federal refere-se, quando disciplina a estrutura do Poder Judiciário, ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Há casos, contudo, em que o próprio texto constitucional comete a tribunais superiores o exercício do primeiro grau de jurisdição, sem conferir a possibilidade de um segundo grau. Nessas situações, ao tribunal superior se comete o exercício de *grau único* de jurisdição, revelando-se, com isso, que o duplo grau de jurisdição não está referido, na estrutura constitucional, em termos absolutos. Daí se infere que a Constituição Federal prestigia o duplo grau de jurisdição como *princípio*, e não como *garantia*²⁵.

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

Na verdade, o princípio do duplo grau de jurisdição não chega a consistir numa garantia, pois a Constituição Federal a ele apenas se *refere*, não o *garantindo*. A única Constituição que tratou do duplo grau de jurisdição como *garantia absoluta* foi a de 1824; as demais deixaram de se lhe conferir tal atributo. A atual Constituição Federal apenas *prevê* o princípio do duplo grau de jurisdição, não tratando de discipliná-lo como *garantia*²⁸.

Sendo assim, é possível haver exceções ao princípio, descerrando-se o caminho para que a legislação infraconstitucional restrinja ou até elimine recursos em casos específicos. Além do mais, sendo o duplo grau um *princípio*, é curial que pode

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos Recursos”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 5. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2002, p. 38.

26. WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 132-141.

27. “A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos”. Tese de doutoramento. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 54.

28. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 163.

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

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

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

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

3. O RECURSO NO SISTEMA DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

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

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

A *ação autônoma de impugnação* é o instrumento de impugnação da decisão judicial, pelo qual se dá origem a um processo novo, cujo objetivo é o de atacar/interferir em decisão judicial. Distingue-se do recurso exatamente porque não é veiculada no mesmo processo em que a decisão recorrida fora proferida. São exemplos: a ação rescisória, a *querela nullitatis*, os embargos de terceiro, o mandado de segurança e o *habeas corpus* contra ato judicial e a reclamação constitucional.

Sucedâneo recursal é todo meio de impugnação de decisão judicial que nem é recurso nem é ação autônoma de impugnação. Trata-se de categoria que engloba todas as outras formas de impugnação da decisão. São exemplos: pedido de

29. MENDONÇA JR., Delosmar. “A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos”, cit., p. 55-56.

reconsideração, pedido de suspensão da segurança (Lei Federal n. 8.437/1992, art. 4º; Lei Federal n. 12.016/2009, art. 15), a remessa necessária (CPC, art. 475) e a correção parcial.³⁰

A expressão “sucedâneos recursais”, introduzida por Frederico Marques,³¹ ora é utilizada para identificar o conjunto de meios não-recursais de impugnação (e aí estariam incluídas as ações autônomas de impugnação), ora é utilizada em acepção restrita, para referir apenas aos meios de impugnação que nem são recurso nem são ação autônoma.

4. CLASSIFICAÇÃO

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

O art. 505 do CPC está assim redigido: “A sentença pode ser impugnada no todo ou em parte”. Onde se lê “sentença”, leia-se “decisão”.³²

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

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

30. A propósito, ASSIS, Araken de. “Introdução aos sucedâneos recursais”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2002, v. 6, p. 17-19.

31. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 4, p. 377 e segs.

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

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115.

34. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 356. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*.

“Por outro lado, quaisquer questões preliminares, embora *comuns* à parte impugnada e à parte não-impugnada da decisão, só com referência àquela podem ser apreciadas pelo tribunal do recurso. Suponhamos, *v.g.*, que a sentença, repelindo a alegação de faltar ao autor *legitimatio ad causam*, condene o réu ao pagamento de *x*. Apela o vencido unicamente para pleitear a redução do *quantum* *ay*. Ainda que o órgão *ad quem* se convença da procedência da preliminar – que em princípio, como é óbvio, levaria à declaração da *carência de ação* quanto ao pedido *todo* –, já não lhe será lícito pronunciá-la senão no que respeita a *x-y*, única parcela que, por força do recurso (e ressalvada a eventual incidência de regra com a do art. 475, nº 1, que torne obrigatória a revisão), se submete à cognição do juízo superior. No tocante à parcela *y*, que não é objeto da apelação – nem, por hipótese, se devolve necessariamente –, fica vedado ao tribunal exercer atividade cognitiva: o capítulo correspondente passou em julgado no primeiro grau de jurisdição”.³⁵

Recurso total é aquele que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida (não necessariamente o seu conteúdo integral, pois há decisões que têm o conteúdo impugnável restringido pela lei, como acontece em relação aos embargos infringentes, quando, havendo divergência parcial, apenas esta matéria poderá constituir objeto do recurso³⁶). Se o recorrente não especificar a parte em que impugna a decisão, entender-se-á total o recurso³⁷.

Convém apontar o entendimento um pouco diverso de Cândido Dinamarco, para quem: “*recurso integral* é o que contém a impugnação de toda a decisão, em todos os seus capítulos, e portanto opera a devolução de toda matéria decidida; *parcial*, o que se refere somente a um, ou alguns dos capítulos de uma sentença, deixando sem impugnação o outro ou outros”.³⁸ A diferença é sutil, mas significativa: segundo a lição de Barbosa Moreira, aqui seguida, o recurso é *total* quando o recorrente impugna toda a matéria impugnável, que pode não corresponder a toda a decisão. Se o autor perde em relação a um pedido e ganha em relação a outro, eventual recurso que interponha, contra o capítulo em que se julgou improcedente um de seus pedidos, será *total*, pois abrangente de todo o conteúdo impugnável, sem que isso signifique que tenha impugnado toda a decisão.

4.2. Quanto à fundamentação: fundamentação livre e fundamentação vinculada

Fundamentação livre. Recurso de *fundamentação livre* é aquele em que o recorrente está livre para, nas razões do seu recurso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isso tenha qualquer influência na sua

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 357.

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23 ed. cit., p. 115.

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 353-354.

38. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98.

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

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

Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente deve “alegar” um dos vícios típicos para que o seu recurso seja admissível. Essa alegação é indispensável para que o recurso preencha o requisito da regularidade formal (abaixo examinado). Afirmado pelo recorrente um dos vícios que permitem a interposição do recurso, o recurso, por esse aspecto, deve ser conhecido; a verificação da procedência ou improcedência das alegações é um problema atinente ao juízo de mérito recursal. Assim, por exemplo: afirmada a omissão/obscuridade/contradição na decisão recorrida, os embargos de declaração são cabíveis; saber se há o vício apontado diz respeito ao juízo sobre o acolhimento ou à rejeição deste recurso.

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

5. ATOS SUJEITOS A RECURSO E RECURSOS EM ESPÉCIE

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

A nova redação do § 1º do art. 162 do CPC, introduzida pela Lei Federal n. 11.232/2005 (“sentença é o ato do juiz proferido conforme os arts. 267 e 269 desta Lei”), foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, tendo em vista que toda *sentença de prestação* (sentença que reconhece a existência de um direito a uma prestação), agora dá ensejo à execução imediata, sem necessidade de um outro processo (de execução) com esse objetivo. É por isso que também foi alterado o art. 463 do CPC, para retirar a menção que se fazia ao “encerramento da atividade jurisdicional” com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva.

Cuida o Código de Processo Civil, nos artigos 267 e 269, das hipóteses de extinção do processo, sem e com julgamento do mérito, respectivamente. O legislador relaciona esses artigos à sentença, visto ser esse o ato que encerra o procedimento em primeira instância, conforme o texto do § 1º do art. 162. A redação do Código leva ao entendimento de que toda decisão judicial, que tenha por conteúdo uma das hipóteses previstas nesses artigos, será uma sentença.

Não é bem assim, porém.

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

Note-se, ainda, que, antes dessa lei, há mais de dez anos, as sentenças que versavam sobre obrigação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta dinheiro também não encerravam o processo (arts. 461 e 461-A, CPC), e nem por isso houve a necessidade de reforma do conceito legal de sentença previsto no § 1º do art. 162 do CPC. Não consta que tenha havido qualquer problema prático na manipulação daquele conceito. Não havia dúvidas. Certamente impressionado com a remodelação da execução da sentença que determina pagamento de quantia, agora realizada como fase de um processo sincrético, o legislador reformista houve por bem redefinir o que é sentença. Não agiu bem, repita-se.

Há, ainda, duas observações importantes.

a) A sentença nem sempre *encerrará* toda a fase do procedimento, quer porque pode haver recurso, a prolongar a litispendência, quer porque, sendo demanda de competência originária de tribunal, o ato que porá fim ao procedimento será acórdão ou decisão de membro de tribunal (decisão do relator que indefere a petição inicial de uma ação rescisória), e não sentença, decisão proferida em juízo singular. Obviamente, é possível designar toda e qualquer decisão judicial

39. Assim, também, GRECO, Leonardo. “Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05”. Texto gentilmente cedido pelo autor, a ser publicado na Revista Dialética de Direito Processual n. 36; ARAÚJO, José Henrique Mouta. “O cumprimento da sentença e a 3ª etapa da reforma processual – primeiras impressões”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 123, p. 156-158.

de “sentença” (sentença como sinônimo de decisão judicial), mas não é esse o sentido do § 1º do art. 162 do CPC, que se refere a uma determinada modalidade de decisão judicial, com o claro objetivo de organizar o sistema recursal.

b) Nem toda decisão que tiver por conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC terá por efeito a extinção do procedimento. Alguns exemplos de decisões que aplicam os mencionados artigos e não encerram o procedimento: i) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso I do art. 267); ii) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV); iii) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 267, VI) etc. São exemplos de decisão interlocutória, que podem, assim, ser impugnadas por agravo (art. 522 do CPC).

Essa constatação é a que mais nos preocupa: pela redação do § 1º do art. 162, sentença se define pelo seu conteúdo; sucede que o conteúdo que se diz próprio de sentença não lhe é exclusivo, pois, como visto, pode estar relacionado a uma decisão que não encerra o procedimento – e, portanto, não pode ser sentença.

O procedimento da apelação, recurso cabível contra sentença, foi estruturado a partir da premissa de que uma fase do procedimento encerrou-se. O do agravo, recurso contra decisão interlocutória, pressupõe que o procedimento continua em primeira instância. Uma interpretação literal do § 1º do art. 162 poderia levar o aplicador a entender cabível uma apelação contra a decisão que indefere parcialmente a petição inicial, pois é decisão que se relaciona ao art. 267 do CPC – e, assim, seria sentença, portanto apelável (art. 513 do CPC). Quem tem um mínimo de experiência perceberá a inviabilidade da apelação em tais situações: como os autos poderão subir ao tribunal, se o procedimento ainda há de prosseguir para a solução do restante do objeto litigioso?

A alteração do § 1º do art. 162 do CPC não alterou o sistema recursal brasileiro. É preciso que o intérprete perceba isso, caso contrário essa opção legislativa terá um grave efeito colateral de criar discussões jurisprudenciais/doutrinárias bizantinas acerca do recurso cabível contra essa ou aquela decisão, revivendo, agora como farsa, as célebres polêmicas doutrinárias havidas à época da vigência do CPC/39 – as quais Alfredo Buzaid tentou, com certo êxito, resolver no CPC/73. Seria retrocesso de mais de trinta anos.

É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 267 e 269 não prevêm hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem estabelecem matérias que sejam exclusivas de sentença⁴⁰, a despeito da

40. Adroaldo Furtado Fabrício denomina essas situações, em que o magistrado decide com base nos arts. 267 ou 269 do CPC, mas não extingue o processo, de extinção imprópria do processo. “Dizemo-la im-

redação do § 1º do art. 162 do CPC. Os arts. 267 e 269 identificam o conteúdo de certas decisões judiciais, determinando quando se considera que há e não há exame do mérito da causa, o que é importante, do ponto de vista prático, para que se saiba se a decisão pode ou não pode ficar protegida pela coisa julgada. Somente as decisões de mérito ficam acobertadas pela coisa julgada. A nova redação do art. 269 do CPC corrobora essa assertiva (“Há resolução de mérito...”). A nova redação do art. 267 do CPC, com a troca do “julgamento de mérito” por “resolução de mérito”, permanece, porém, com a referência à extinção do processo, o que, como vimos, nem sempre acontece. Perdeu-se a chance de corrigir, também, a redação do *caput* do art. 267, que assim deve ser lido: “Não há exame de mérito”.

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

5.2. Sistematização

Somente as decisões judiciais podem ser alvo de recurso. Os despachos, atos não decisórios, são irrecorríveis (art. 504 do CPC). Também são irrecorríveis os atos praticados pelo escrivão por conta de delegação do magistrado (CPC, art. 162, § 4º; CF/88, art. 93, XIV) – tais atos podem ser revistos pelo próprio magistrado, a partir de provocação feita nos autos, sem maiores formalidades.

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

Delosmar Mendonça Jr., em sua tese de doutoramento, defende uma terceira espécie de decisão proferida por juízo singular: a decisão que não recebe a apelação. Isso porque não se trata de sentença, já proferida, nem de interlocutória, já que tem aptidão para encerrar o procedimento, se não recorrida. Embora não seja decisão interlocutória, trata-se de decisão impugnável por agravo de instrumento⁴¹. O raciocínio é coerente e útil; merece, portanto, o registro. A lição é útil, pois ajuda a compreender a razão pela qual, no processo do trabalho, a despeito de as decisões interlocutórias serem irrecorríveis, prevê-se o agravo de instrumento contra a decisão que, na origem, não admite o recurso ordinário

própria porque a denominação não se ajusta ao conteúdo conceitual, nem se compatibiliza, do ponto de vista semântico, com a continuação do processo que aí ocorre. Extinção contém a ideia de encerramento, término, ponto final. E, no caso, tal não se dá, pois o processo deve prosseguir sua marcha. Trata-se, pois, de extinção impropriamente dita – ou, mais simplesmente, extinção imprópria”. (“Extinção ‘imprópria’ do processo e recurso cabível”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237).

41. “A decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos”. Tese de doutoramento. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 133-138.

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

Em tribunal, as decisões podem ser classificadas a partir do órgão prolator. São, então, *unipessoais* (chamadas, no jargão processual, de *monocráticas*) ou *acórdãos* (colegiadas). Ambas as decisões podem ou não encerrar o procedimento, não sendo esse o aspecto que as diferencia⁴²; *acórdãos* e *decisões unipessoais* podem ser *interlocutórios* ou *finais*. As decisões unipessoais podem ser proferidas pelo relator ou pelo Presidente/Vice-Presidente do Tribunal, em causas que são da sua competência (como, p. ex., no pedido de suspensão de segurança). Por muito tempo, prevaleceu no STF o entendimento de que não cabia agravo regimental contra decisão de relator em liminar de mandado de segurança (n. 622 da súmula do STF). A questão agora está superada em razão do parágrafo único do art. 16 da Lei n. 12.016/2009, que expressamente admite o agravo regimental em tais situações.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, não se tem admitido o recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, salvo quando se tratar de provimento de urgência. Proferida decisão interlocutória, tem prevalecido o entendimento de ser incabível o agravo de instrumento, devendo sua impugnação ser feita nas razões do recurso da sentença. Nos Juizados Especiais Cíveis, a decisão interlocutória, na verdade, não é irrecurável, como se costuma afirmar. Ela é, sim, recorável. Só que a recorribilidade não é imediata, devendo a impugnação operar-se no recurso a ser interposto contra a sentença. Tanto isso é verdade que, não impugnada a decisão interlocutória no recurso da sentença, haverá preclusão, não podendo ser revista de ofício pela Turma Recursal, nem sendo possível à parte impugná-la posteriormente, a não ser que se trate de matéria de ordem pública, não suscetível de preclusão. Se, entretanto, houver necessidade de impugnação imediata, restaria a possibilidade do mandado de segurança. O STF, entretanto, ao enfrentar esse assunto, reconheceu a repercussão geral da questão, entendendo não ser cabível, nem agravo de instrumento, nem mandado de segurança. Eis, a propósito, o teor da ementa do precedente: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Não cabe mandado de

42. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 34.

segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecurribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, Pleno, RE 576.847, rel. Min. Eros Grau, j. 20.5.2009, Repercussão Geral – Mérito, *DJe-148* divulg 6.8.2009 public 7.8.2009).

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

Consoante já restou acentuado, os despachos são, na dicção do art. 504 do CPC, irrecuríveis. Doutrina e jurisprudência vêm admitindo, entretanto, o agravo de instrumento contra despacho, quando dele resultar algum *prejuízo* para a parte. Significa, então, que o agravo de instrumento contra despacho de mero expediente depende da presença de *prejuízo*. Em outras palavras, o *prejuízo* desponta, nesse caso, como requisito de admissibilidade para o agravo. É comum, contudo, em casos da espécie haver decisões de tribunais que não conhecem do agravo, em razão da ausência de *prejuízo*. Nessa hipótese, *há sobreposição do juízo de mérito frente ao de admissibilidade*. De fato, para que seja conhecido o agravo de instrumento, basta que se *alegue* o *prejuízo* ocasionado pelo despacho. Se *efetivamente* há o *prejuízo*, aí a questão já passa a ser de mérito. Então, *alegado* o *prejuízo*, deve o recurso ser conhecido. Se há ou não o *prejuízo*, tal circunstância será decisiva para, respectivamente, o provimento ou não do agravo. Nesse caso, deve o despacho, então, ser considerado como uma decisão interlocutória, transmudando de natureza e passando a ser recorrível.

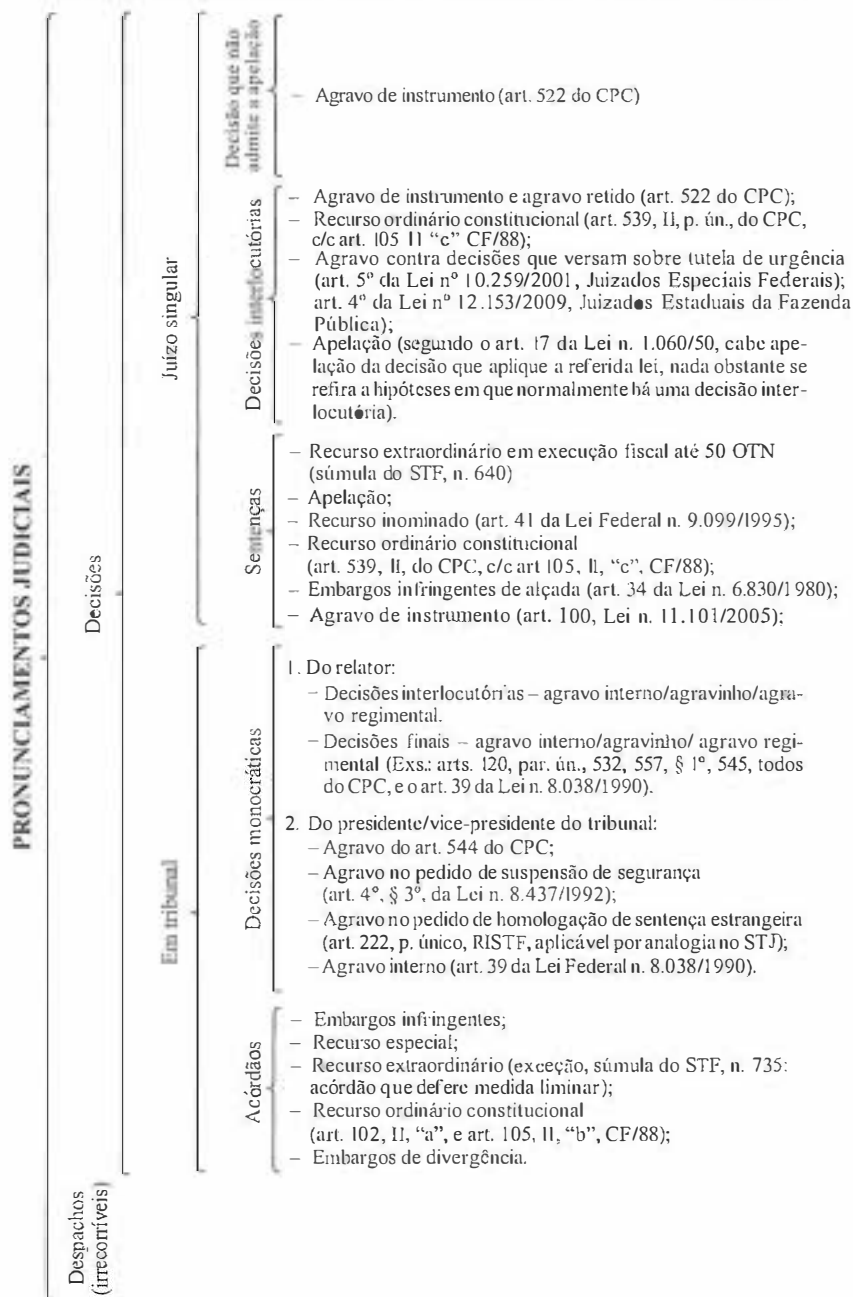
Os embargos de declaração cabem contra qualquer decisão. O STF, entretanto, possui reiteradas decisões no sentido de não admitir embargos de declaração contra decisão de relator, ao fundamento de que o recurso cabível seria o agravo regimental (agravo interno)⁴³. De todo modo, opostos embargos de declaração,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

43. ADIn 1.989-DF, rel. Min. Moreira Alves, 10.6.99, Informativo n. 152 do STF.

44. Acórdão não unânime da 2ª Turma do STF, AI 278.549 ED/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 21/11/2000, *DJ* de 30/03/2001, p. 113.

Dito isso, eis a sistematização:

PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS RECORRÍVEIS



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

6. DESISTÊNCIA DO RECURSO

O recurso é uma demanda e, nessa qualidade, pode ser revogada pelo recorrente. A revogação do recurso chama-se *desistência*⁴⁵. A desistência do recurso pode ser parcial ou total, e pode ocorrer até o início do julgamento⁴⁶ (até a prolação do voto)⁴⁷. O recorrente pode desistir por escrito ou em sustentação oral⁴⁸. Não comporta condição nem termo⁴⁹. Trata-se de ato dispositivo que independe de consentimento da parte adversária (CPC, art. 501) e de homologação judicial para a produção de efeitos. E isso porque os atos praticados pelas partes produzem efeitos imediatos (CPC, art. 158), somente necessitando de homologação para produzir efeitos a desistência da ação (CPC, art. 158, parágrafo único), e não a desistência do recurso. Esta, como visto, independe de homologação.

“A desnecessidade da homologação judicial não significa exclusão de *toda e qualquer* atuação do juiz (ou do tribunal). É óbvio que este há de conhecer do ato e exercer sobre ele o normal controle sobre os atos processuais em geral. (...) aqui, toda a eficácia remonta à desistência, cabendo tão-só ao juiz ou ao tribunal apurar se a manifestação de vontade foi regular e – através de pronunciamento meramente *declaratório* – certificar os efeitos já operados”.⁵⁰

No Recurso Especial n. 1.308.830/RS, o recorrente desistiu de seu recurso após sua inclusão em pauta e na véspera de seu julgamento. A Ministra Nancy Andrighi, relatora, apresentou questão de ordem para “indeferir” o “pedido” de desistência do recorrente.

45. Equiparando a desistência do recurso a um ato de revogação, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 331.

46. Em sentido diverso, aceitando homologar a desistência ao fundamento de que é possível desistir do recurso até que se termine o julgamento, decisão na Questão de Ordem no REsp 556.685-PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 11.2.2004.

47. O STF não admitiu a desistência de recurso extraordinário, após ter sido prolatada decisão, mesmo que ainda não publicada (AgReg no RE 212.671-3, 1ª T., rel. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJ de 17.10.2003, p. 20). Curiosamente, uma semana após esse julgamento, o mesmo ministro acolheu a desistência do mandado de segurança em sede de recurso extraordinário (RE 287.978, j. em 09.09.2003). Nesse último julgamento, o Min. Marco Aurélio foi vencido, mas trouxe argumento valioso a favor da tese aqui defendida: aceitar a desistência da causa após a decisão é conferir ao pedido de homologação da revogação da demanda caráter rescisório.

48. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 331.

49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 331.

50. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 333.

Em sua decisão, a Ministra Nancy Andrighi invoca razões de ordem pública, a afirmar que, embora seja direito da parte desistir do recurso, há interesse público na definição da tese a ser adotada no caso, que pode repercutir para diversas outras hipóteses. Apoiando-se no quanto decidido na Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.063.343/RS, afirma que o STJ já decidiu que, quando adotada a técnica de julgamento do art. 543-C do CPC, não se deve admitir a desistência, seguindo-se com o recurso para que seja firmada a tese a ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais. Embora o caso não estivesse submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC, a ideia de conferir primazia à função paradigmática do STJ é a mesma, não se permitindo desistências de recursos em casos de grande importância, sob pena de se permitirem manipulações, com escolhas de relator ou turma a ficar incumbido do julgamento do caso.

Não concordamos com a decisão.

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

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

Em terceiro lugar, a decisão é contraditória, pois, de um lado, afirma que o STJ tem a função paradigmática de firmar a orientação jurídica em matéria infraconstitucional, mas, por outro lado, funda-se no risco de “escolhas” de relator ou turma específica a ficar responsável pelo julgamento, subtraindo de outros órgãos a possibilidade de se manifestar sobre o caso. Ora, esta última afirmação não é compatível com a necessidade de uniformidade no entendimento interno do STJ. Se ao STJ cabe firmar a orientação em assuntos de matéria infraconstitucional e uniformizar o entendimento nacional, o que vier a ser julgado, qualquer que seja o órgão julgador, haverá de ser seguido por todos. Ademais, o caso revela que haveria cerca de 200 (duzentos) recursos sobre o tema, devendo, então, ser adotado o procedimento do art. 543-C do CPC, e não “indeferido” o “pedido” de desistência do recurso especial.

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

Na verdade, o STJ deixou confessadamente de aplicar o disposto no art. 501 do CPC. Para afastar o dispositivo, deveria ter sido indicada alguma inconstitucionalidade. E, para isso, o caso haveria de ser submetido à Corte Especial. Não foi, entretanto, o que ocorreu. A decisão, enfim, merece a nossa lamentação.

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

A desistência é *conduta determinante* (determina resultado desfavorável a quem a pratica) e, como tal, somente produz efeitos em relação ao recorrente. Em caso de litisconsórcio unitário, a desistência do recurso somente é eficaz se todos os litisconsortes desistirem⁵¹.

O procedimento recursal extingue-se em razão da desistência. Não se trata de extinção por inadmissibilidade, mas, sim, pela revogação do recurso⁵². A desistência não extingue o procedimento recursal se houver outro recurso pendente de análise; o procedimento deve prosseguir, agora com *objeto litigioso* menor. Também não haverá extinção do procedimento recursal no caso de *desistência parcial*. Nem sempre há extinção do processo após a desistência do recurso, como acontece nos casos de desistência do agravo de instrumento, por exemplo.

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

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

51. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 337.

52. “A desistência não torna inadmissível o recurso: torna-o inexistente” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro* 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 126.).

53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 334.

54. Interessante esse julgado do STJ: “A exigência de que os poderes especiais sejam expressamente referidos na procuração pode se justificar quando passada por pessoa física, presumivelmente desatenta às consequências da remissão a uma norma legal: tratando-se de empresa de grande porte, cujos administradores são sabidamente assessorados por advogados, é bastante a procuração que confere os poderes ‘excetuados no artigo 38 do Código de Processo Civil’”. (STJ, 3ª T., Resp n. 341.451/MA, rel. Min Ari Pargendler, j. 15.05.2003, publicado no DJ de 04.08.2003, p. 292).

O que foi dito sobre a desistência do processo (conferir o v. 1 deste curso) aplica-se por analogia à desistência do recurso. Mas convém frisar que não se confundem. A desistência do processo extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do processo. A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 158, par. ún., CPC), o que não acontece na desistência do recurso. A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, § 4º, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 501 do CPC).

Desistência do processo	Desistência do recurso
– Extingue o processo sem resolução do mérito (art. 267, VIII, CPC);	– Pode implicar extinção do processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito; pode não implicar a extinção do processo, como no caso de uma desistência de um agravo de instrumento;
– Precisa ser homologada pelo magistrado (art. 158, par. ún., CPC);	– Dispensa homologação (art. 501 do CPC);
– Depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, § 4º, do CPC);	– Independe de anuência do recorrido (art. 501 do CPC);
– Requer poder especial do advogado.	– Também requer poder especial, quando implicar a extinção do processo; mas o poder especial será de disposição de direito material (renúncia ou reconhecimento), quando houver extinção do processo com análise do mérito.

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

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

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

Há, contudo, um detalhe a ser observado.

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursal, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.

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

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

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

Em determinada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp 1.058.114 e REsp 1.063.343. Em tais casos, o recorrente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência. Em tais casos, o STJ rejeitou a desistência do recurso, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado, como visto, entender que há revogação do recurso, pela desistência, mas deve realizar o julgamento no tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.

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

7. RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER E AQUIESCÊNCIA À DECISÃO

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

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

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

Não se confunde a renúncia com a aceitação ou aquiescência à decisão, embora ambas importem inadmissibilidade de recurso eventualmente interposto. A *aceitação* é o ato por que alguém manifesta a vontade de conformar-se com a decisão proferida. Pode ser por escrito ou tácita. A aceitação tácita consiste na prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer (CPC, art. 503, parágrafo único), p. ex., pedido de prazo para cumprir a condenação ou o cumprimento espontâneo de sentença ainda não exequível.⁵⁸ Não se configura como aceitação o cumprimento forçado de uma decisão liminar, o que não impede o direito de interpor o recurso adequado (agravo de instrumento, p. ex.), justamente porque a parte tem o dever de cumprir, com exatidão, os provimentos mandamentais e o de não criar embaraços à efetivação de provimentos finais ou antecipatórios (CPC, art. 14, V).

55. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 339.

56. “Renunciar ao direito de recorrer antes de proferida a decisão é renunciar a um direito que *ainda não se tem* e, a rigor, *nem sequer se sabe se nascerá* – o que depende, como é intuitivo, do sentido em que venha a pronunciar-se o órgão judicial” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 342.).

57. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 343-344.

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 346.

Havendo litisconsórcio unitário, para que a aceitação seja eficaz, todos os litisconsortes unitários devem comportar-se nesse sentido.

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

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

8. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO DO RECURSO

8.1. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: distinção

O juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento⁶¹.

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

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

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

59. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 346. Em sentido diverso, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3 ed. cit., p. 55-56.

60. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 346.

61. Relacionando a admissibilidade ao procedimento, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 45.

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

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

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

Todo procedimento judicial instaura-se por um ato postulatório, normalmente de iniciativa das partes – mas nem sempre, pois há procedimentos que nascem por provocação de terceiro (as intervenções de terceiro e os embargos de terceiro, *e. g.*) e até mesmo em decorrência da atividade oficiosa (incidente de declaração de inconstitucionalidade em tribunal, o conflito de competência e o incidente de uniformização de jurisprudência). Não se chega ao juízo sobre o que se postulou (juízo de mérito) sem contraditório, que se desenvolve por um procedimento (conjunto de atos) – a menos que a conclusão de mérito seja desfavorável ao postulante, hipótese em que a integração da outra parte ao contraditório seria desnecessária.

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

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

Feitas essas observações prévias, a explanação pode prosseguir.

a instrumentalidade das formas não pode sacrificar o direito maior a quem serve o processo”. Com tais considerações, foi dado provimento ao agravo regimental para prover o agravo de instrumento nº 688.689–SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 27.06.2006, determinando a subida do recurso especial para melhor exame. Precedente citado: AgRg no Ag 680.480-SP, DJ 05.05.2006.

63. Os requisitos de admissibilidade dos recursos costumam ser relacionados com os requisitos de admissibilidade do processo. Ver, com amplas referências bibliográficas, inclusive da doutrina estrangeira, NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 255, especialmente a nota 140; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43, especialmente a nota 1. Admitindo que se possa estabelecer “certa correspondência” entre os requisitos de admissibilidade da causa e os do recurso, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 262.

Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula. O primeiro exame “tem prioridade lógica, pois tal atividade [análise do conteúdo da postulação] só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício”.⁶⁴ No juízo de admissibilidade, verifica-se a existência dos requisitos de admissibilidade. Distingue-se do juízo de mérito, que é aquele “em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta *admissível* ou *inadmissível*; no segundo, *procedente* ou *improcedente*”.⁶⁵ Por isso que se fala em admissibilidade do recurso, da petição inicial, da denunciação da lide etc.

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

8.2. Generalidades sobre o juízo de admissibilidade

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

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

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

65. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 261. “Así hablamos no de demanda válida, si cumple las formalidades, sino admisible”. (VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 222).

Em razão da semelhança com os requisitos de admissibilidade do processo já apontada, as questões relativas ao juízo de admissibilidade podem, em regra, ser conhecidas e decididas de ofício pelo órgão judiciário – excetua-se a não-comprovação da interposição do agravo de instrumento (CPC, art. 526, parágrafo único), que somente poderá levar ao juízo de inadmissibilidade se houver provocação do agravado.

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

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

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

Se, no juízo de admissibilidade, restar evidente que o recurso não é cabível, sendo, aliás, protelatório, caberá a fixação de uma multa, destinada a punir a conduta desleal da parte (CPC, art. 17). Tal multa somente pode ser imposta pelo órgão que exerce o juízo definitivo de admissibilidade, não sendo possível de ser aplicada pelo órgão que exerce o juízo provisório de admissibilidade. Em outras palavras, o juízo *a quo*, que exerce o exame provisório de admissibilidade, não dispõe de competência para reconhecer o caráter protelatório do recurso e aplicar multa ao recorrente. A aplicação de multa pelo juízo *a quo* invade competência do juízo *ad quem*. Nesse sentido, conferir o julgamento proferido pelo STF no AI 414.648

ED-AgR/RS e no AI 417.007 ED-AgR/SP, ambos da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (Informativo STF nº 452, de 11 a 15 de dezembro de 2006).

8.3. Objeto do juízo de admissibilidade

8.3.1. Consideração introdutória

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

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

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

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

É preciso que o ato impugnado seja suscetível, em tese, de ataque. No exame do cabimento, devem ser respondidas duas perguntas: a) a decisão é, em tese, recorrível? b) qual o recurso cabível contra esta decisão? Se se interpõe o recurso adequado contra uma decisão recorrível, vence-se esse requisito intrínseco de admissibilidade recursal. Em suma, o cabimento desdobra-se em dois elementos: a previsão legal do recurso e sua adequação: previsto o recurso em lei, cumpre verificar se ele é adequado a combater aquele tipo de decisão. Se for positiva a resposta, revela-se, então, cabível o recurso.

A doutrina costuma identificar três “princípios” do sistema recursal brasileiro correlatos ao estudo do cabimento: fungibilidade, unirecorribilidade

66. Alguns autores, como Nelson Nery Jr., colocam a “inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer” como requisito “extrínseco” de admissibilidade do recurso (*Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 274.).

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

8.3.2.1. Princípio da fungibilidade dos recursos

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

O CPC/39 continha norma expressa neste sentido (art. 810)⁶⁷.

À luz das diretrizes que informam o CPC, sobretudo em matéria de nulidade dos atos processuais, a despeito da inexistência de regra expressa, deve entender-se aplicável tal princípio⁶⁸.

Atualmente, trazem os doutrinadores os seguintes pressupostos para a aplicação do princípio da fungibilidade: a) “*Dúvida objetiva*”: não obstante a expressão um pouco equívoca, pois dúvida é sempre subjetiva, significa que é necessário existir uma dúvida razoavelmente aceita, a partir de elementos objetivos, como a equivocidade de texto da lei (sentença incidente do art. 325 do CPC; art. 17 da Lei de Assistência Judiciária) ou as divergências doutrinárias (indeferimento liminar da reconvenção, p. ex.); b) *Inexistência de erro grosseiro*: fala-se em erro grosseiro quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, pois não há qualquer controvérsia sobre o tema (ou seja, não será grosseiro o erro quando houver dúvida razoável sobre o cabimento do recurso,⁶⁹⁻⁷⁰ c) *Observância do prazo*: o recurso interposto há que respeitar o prazo daquele que deveria ter sido – não se reputa correta a exigência deste pressuposto, pois as situações de dúvida podem envolver recursos com prazos diferentes (agravo de instrumento e apelação, por

67. “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento.”

68. Confrontando a fungibilidade dos recursos com o regime das invalidades em direito público, notadamente no direito administrativo, e considerando-a espécie de “conversão”, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 158. Também relacionando fungibilidade dos recursos com o sistema das invalidades processuais, THEODORO Jr., Humberto. “Teoria geral dos recursos civis”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.

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

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

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

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

VI ENTA 55: “Admite-se a fungibilidade dos recursos desde que inócurre o erro grosseiro. Inexiste este quando há acentuada divergência doutrinário-jurisprudencial sobre qual seria o recurso próprio.”

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

8.3.2.2. Regra da unicidade, unirecorribilidade ou singularidade

De acordo com essa regra, não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um⁷³. Ressalvadas as exceções adiante mencionadas, a interposição de mais de um recurso contra uma decisão implica inadmissibilidade do recurso interposto por último⁷⁴. Trata-se de regra implícita no sistema recursal brasileiro – no CPC/39, estava prevista no art. 809.⁷⁵

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

71. Interessante análise sobre a (des)necessidade de observação do prazo é feita por FIGUEIREDO, Paulyne Rocha V. “Princípio da fungibilidade na esfera recursal brasileira e a problemática do prazo menor- apego ao formalismo ou requisito da dúvida objetiva?” *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 191-206.

72. STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no Ag 1336464/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 19.04.2012, publicado no DJe de 27.04.2012; STJ, 1ª T., REsp n. 53.645/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 28.09.1994, publicado no DJ de 24.10.1994, p. 28.716; STJ, 4ª T., AgRg no Ag n. 295.148/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29.08.2000, publicado no DJ de 09.10.2000, p. 159.

73. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 249.

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

75. “Aparte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”.

INSTRUMENTO E APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO CUMULATIVA. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABIMENTO.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 282/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido. 2. Contra sentença complexa, isto é, aquela que decide questão interlocutória e de mérito, é cabível recurso de apelação. 3. Excepcionalmente, admite-se a interposição de agravo de instrumento contra parte da sentença que tenha conteúdo de decisão interlocutória e de apelação contra a questão de mérito, tendo em vista a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à matéria, o que configura dúvida objetiva e atrai a aplicação do princípio da fungibilidade. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.”⁷⁶

A regra da singularidade não impede a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. Se, por exemplo, o juiz profere uma decisão e, antes do término do prazo recursal, vem a proferir outra, pode a parte, num único recurso, impugnar ambas, desde que esse mesmo recurso seja adequado a combater as duas decisões. Nesse sentido, assim já decidiu o STJ, quando enfrentou o REsp 1.112.599/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/8/2012, *DJe* 5/9/2012: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO PARA ATACAR DUAS DECISÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. 1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. O princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um único recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico. 3. O recorrente utilizou-se do recurso correto (respeito à forma) para impugnar as decisões interlocutórias, qual seja o agravo de instrumento. 4. O princípio da unirrecorribilidade não veda a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. E não há, na legislação processual, qualquer impedimento a essa prática, não obstante seja incomum. 5. Recurso especial provido.”

Há, porém, situações dignas de nota.

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

76. STJ, 4ª T., REsp n. 1.035.169/BA, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 20.8.2009, publicado no *DJe* de 8.2.2010.

77. Segundo Barbosa Moreira, “tal hipótese, regulada pela expressa disposição do art. 498, não constitui, no que tange aos embargos, verdadeira exceção ao princípio de que ora se trata: para fins de recorribilidade, cada capítulo é considerado como uma decisão *per se*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 249.).

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

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

8.3.2.3. Regra da taxatividade

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

Além das espécies recursais previstas no art. 496 do CPC, podem ser lembrados, ainda: a) o recurso nominado nos Juizados Especiais; b) os embargos infringentes de alçada da Lei de Execução Fiscal; c) os agravos internos previstos para o incidente de suspensão de segurança (art. 15 da Lei n. 12.016/2009; Lei Federal n. 8.347/92).

“Descabe confundir a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual – art. 24, XI – com a privativa para legislar sobre direito processual, prevista no art. 21, I, ambos da CF. Os Estados não têm competência para a criação de recurso, como é o de embargos de divergência contra decisão de Turma Recursal”. (AgRg 253.518-9-SC, STF/2ª Turma, RT 783/217). O STF já decidiu que lei estadual não pode criar recurso novo, matéria cuja competência legislativa seria exclusividade da União (2ª T., AgRg n. 253.518-9-SC, RT n. 783, p. 217)

8.3.3. Legitimidade (art. 499, CPC)

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

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

78. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 198, com amplas referências.

apenas de alguns incidentes, como é o caso do juiz, na exceção de suspeição, e o terceiro desobediente, no caso da aplicação da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC.

Há precedentes do STJ no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Assim, como o assistido não recorreu, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria “contrariar” a vontade do assistido, que não recorreu. Assim, por exemplo, STJ, 2ª. T., REsp n. 535.937/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 10.10.2006, p. 293: “1. É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida”. Há um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, eis o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente evitará a preclusão. É essa, aliás, a orientação do próprio CPC, que expressamente diz que, revel o assistido, atuará o assistente como seu gestor de negócios (legitimado extraordinário). Ora, o dispositivo se aplica aos demais casos de condutas omissivas do assistido, não apenas a revelia.

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

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

Nesse sentido ora defendido, assim decidiu a 6ª Turma do STJ: “PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA SIMPLES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 52, CPC.- A regra inserta no art. 52 do CPC é expressa no sentido de que o assistente simples é auxiliar da parte principal, possuindo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais, não podendo, todavia, praticar atos contrários à vontade do assistido. - Segundo a melhor exegese deste preceito, pode o assistente interpor recurso, ainda que não o faça o assistido, desde que não haja por parte deste expressa manifestação em sentido contrário. - Precedentes - Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 99.123/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. 3.6.2002, DJ de 1º.7.2002).

Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito dispares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), está correto o precedente do STJ de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se “verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial” (no caso, o Estado do Rio era assistente simples da União; STJ, 2ª. T., REsp n. 105.6127/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19.08.2008, publicado no DJe de 16.09.2008).

*Terceiro prejudicado.*⁷⁹ Terceiro é aquele que, até então, não participa do processo. O recurso de terceiro é uma modalidade de intervenção de terceiro; o terceiro, com o recurso, passa a fazer parte do processo. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial (§1º, art. 499, CPC). Só se admite o recurso de terceiro *juridicamente* prejudicado⁸⁰. O terceiro prejudicado há de ser titular ou da mesma relação jurídica discutida ou de uma relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo. Pode-se dizer que todos aqueles que, legitimados a intervir no processo, não o fizeram, salvo o caso da oposição, podem recorrer. O litisconsorte necessário não-citado também poderá recorrer⁸¹.

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

79. Sobre o recurso de terceiro, mais amplamente, DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

80. Francisco Glauber Pessoa Alves escreveu trabalho em que defende a possibilidade de recurso de terceiro *economicamente* prejudicado, desde que o terceiro mantenha relação jurídica com uma das partes em juízo. Entende que, assim pensado, o instituto seria mais um mecanismo de combate da má-fé processual, protegendo o terceiro dos prejuízos que podem advir de um processo simulado ou fraudulento. (“O cabimento do recurso de terceiro economicamente prejudicado”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 399-404).

81. ASSIS, Araken de. “Condições de admissibilidade dos recursos cíveis”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 25-26.

82. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 216.

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

O recurso de terceiro também deve ser “preparado” (sobre o preparo como requisito de admissibilidade do recurso, ver item mais à frente). A regra está clara no texto do § 3º do art. 6º da Lei 11.636/2007, que cuida do regime de custas perante o STJ: “O terceiro prejudicado que recorrer fará o preparo do seu recurso, independentemente do preparo dos recursos que, porventura, tenham sido interpostos pelo autor ou pelo réu”.

Ministério Público. O Ministério Público pode recorrer na qualidade de parte ou como *custos legis*. A legitimação recursal como *custos legis* é concorrente com a das partes, mas é primária, ou seja, independe do comportamento delas (a propósito, o enunciado n. 99 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”), mesmo que se trate de demanda acidentária (nesse sentido, o enunciado n. 226 da súmula do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado”).

Há um caso de legitimidade recursal, previsto na legislação extravagante, bastante curioso. Trata-se da legitimação recursal da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), quando atua no processo na qualidade de *amicus curiae*. De acordo com o § 3º do art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976, “à comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem”. Trata-se de uma legitimidade recursal subsidiária⁸³.

8.3.4. Interesse

8.3.4.1. Generalidades

O exame do interesse recursal segue a metodologia do exame do interesse de agir (condição da ação). Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja *utilidade* – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a

83. DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 250-252, especialmente a nota 131.

decisão impugnada – e *necessidade* – que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançá-lo⁸⁴. Costuma-se relacionar o interesse recursal à existência de sucumbência ou gravame. É preciso ter cuidado com a afirmação. Terceiro não sucumbe, exatamente porque é terceiro, e nem por isso está impedido de recorrer⁸⁵, o autor, vitorioso no pedido subsidiário (art. 289 do CPC), pode recorrer para obter o pedido principal. A noção de interesse de recorrer é mais *prospectiva* do que *retrospectiva*: “a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente *esperar que se decida*, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que *se decidiu*, no julgamento impugnado”⁸⁶.

O enunciado n. 126 da súmula da jurisprudência predominante do STJ fornece um exemplo de recurso inútil. Diz o texto do verbete: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. A inadmissibilidade decorre da inutilidade: a vitória do recorrente, nesse caso, ser-lhe-ia inútil, pois a decisão impugnada permaneceria incólume, já que o fundamento constitucional (que não foi impugnado) é suficiente para sustentá-la. Somente impugnando ambos os fundamentos suficientes para manter a decisão, com um recurso especial e um extraordinário, é que a parte poderia alcançar alguma utilidade no procedimento recursal⁸⁷.

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

Um exemplo de recurso desnecessário é aquele interposto pelo réu, em ação monitória, contra a decisão que determina a expedição do mandado monitório. O recurso aqui é desnecessário, porquanto a simples apresentação da defesa (embargos monitórios) já é suficiente para impedir que a decisão monitória produza qualquer efeito executivo.

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

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

85. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 299.

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

87. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 303.

88. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Sobre o interesse do réu em recorrer da sentença terminativa”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 10, p. 55-70.

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

Há uma situação, porém, que é digna de nota. Nos casos em que a coisa julgada é *secundum eventum probationis* (mandado de segurança, ações coletivas versando sobre direitos difusos ou coletivos, ação popular etc.), não há coisa julgada se o juízo de improcedência se fundamentar na falta de prova; se a improcedência fundar-se na inexistência de direito, há coisa julgada material. Assim, há interesse recursal do réu, por exemplo, em impugnar o fundamento de uma decisão, mesmo concordando com a conclusão de improcedência: ele pode desejar que a improcedência seja por inexistência de direito, e não por falta de prova, porque isso lhe traria o benefício da coisa julgada material⁹⁰.

8.3.4.2. Interesse recursal e formação do precedente judicial

Ao longo de todo *Curso*, enfatizou-se a transformação do direito processual civil brasileiro, no sentido de criar um modelo de processo adequado à tutela das causas repetitivas.

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

Os dois fenômenos estão intimamente relacionados.

Sabe-se que o elemento normativo do precedente (a *ratio decidendi*) encontra-se na fundamentação da decisão.

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

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

Há um caso concreto que merece menção.

90. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 302; JORGE, Flávio Cheim. "Embargos infringentes: uma visão atual". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 266-267; ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de processo civil*. São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 194-195; ZARIF, Cláudio. "Sistema recursal nas ações coletivas". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, RT, 2001, p. 211-212.

Logo após a crise econômica mundial, a Embraer promoveu uma demissão coletiva. Esse procedimento foi levado ao judiciário trabalhista, em razão da magnitude de suas consequências. O TST, ao julgar o recurso da Embraer, entendeu, por maioria, que a dispensa não fora abusiva, muito menos teria havido ofensa à boa-fé objetiva, exatamente porque a jurisprudência não criava restrições para esse tipo de conduta empresarial. Sucede que o mesmo TST decidiu fixar “a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. (TST- RODC - 30900-12.2009.5.15.0000 , rel. Min. Maurício Godinho Delgado, j. em 10.08.2009). Percebe-se claramente que o TST, para não proceder a um *overruling* com eficácia retrospectiva, e assim ferir o princípio da confiança, procedeu ao *signaling*, alertando sobre a sua futura orientação jurisprudencial. Fez, em suma, um *overruling* prospectivo (sobre o *overruling* e o *signaling*, ver o v. 2 deste Curso).

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

8.3.5. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

Há requisitos negativos de admissibilidade do recurso: fatos que não podem ocorrer para que o recurso seja admissível. São os fatos *impeditivos* e *extintivos* do direito de recorrer.

É impeditivo do poder de recorrer o ato de que diretamente haja resultado a decisão desfavorável àquele que, depois, pretenda impugná-la. Por exemplo: da sentença que homologa a desistência, não pode recorrer a parte que desistiu. “A ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento deste fim, representado pela decisão impugnada, se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-la”.⁹¹ É o caso da preclusão lógica, que consiste na perda de um direito ou faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício. Trata-se de regra que diz respeito ao princípio da confiança, que orienta a lealdade processual (proibição do *venire contra factum proprium*). A desistência, a renúncia ao direito sobre o que se funda a ação e o reconhecimento da procedência do pedido são fatos impeditivos do direito de recorrer, salvo se o recorrente pretender discutir

91. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 340.

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

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

8.3.6. *Tempestividade*

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

Suspende-se o prazo recursal se houver superveniência de férias (art. 179)⁹²; obstáculo criado pela própria parte (art. 180, CPC) ou pelo juízo; perda da capacidade processual de qualquer das partes ou seu procurador. Interrompe-se o prazo recursal com o oferecimento de embargos de declaração. Se, durante o prazo de interposição, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorra motivo de força maior que suspenda o curso do processo (art. 507, CPC), devolve-se integralmente o prazo à parte.

Ao julgar o AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.251.998/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, a Corte Especial do STJ, modificando seu entendimento anterior, assentou a orientação segundo a qual é possível a comprovação de suspensão de prazo processual por intermédio de documento extraído da internet, consignando que “As cópias de atos relativos à suspensão dos prazos processuais, no Tribunal de origem, obtidas a partir de sítios eletrônicos da Justiça, contendo identificação da procedência do documento, ou seja, endereço eletrônico de origem e data de reprodução no rodapé da página eletrônica, e cuja veracidade é facilmente verificável, juntadas no instante da interposição do recurso especial, possuem os requisitos necessários para caracterizar prova idônea, podendo ser admitidas como documentos hábeis para demonstrar a tempestividade do recurso, salvo impugnação fundamentada da parte contrária.”

A jurisprudência dos tribunais superiores é firme no sentido de que a tempestividade do recurso deve ser comprovada no momento da sua interposição, não sendo possível a comprovação posterior, em razão da preclusão consumativa. Segundo a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, “a prova da suspensão dos prazos no tribunal de origem deve ser demonstrada por meio de documento oficial colacionado aos autos no momento da interposição do recurso, sob pena de não conhecimento, não comportando suprimimento posterior.”⁹³ Quer isso dizer

92. Cumpre advertir que, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, não há mais férias coletivas nas primeira e segunda instâncias, mas continuam existindo no âmbito dos tribunais superiores. Além do mais, o STJ equipara o recesso de final de ano às férias, para efeito de suspensão dos prazos.

93. STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no Ag 1.391.301/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28/2/2012, DJe 8/3/2012.

que “*cabia ao agravante, por ocasião da interposição do agravo de instrumento, demonstrar que não houve expediente forense no dia imediatamente seguinte ao feriado de corpus christi, pois a preclusão consumativa impede que a comprovação a posteriori afaste a intempestividade do recurso.*”⁹⁴

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se firmou no mesmo sentido. Realmente, segundo anotado em recente precedente, “*a tempestividade do recurso extraordinário deve ser demonstrada no momento de sua interposição. inclusive com a comprovação da suspensão dos prazos processuais no Tribunal a quo, mediante juntada de documento hábil, não sendo admitida sua juntada posterior.*”⁹⁵

Em 22 de março de 2012, ao julgar o Agravo Interno no Recurso Extraordinário nº 626.358, o Plenário do STF decidiu diferentemente, revendo sua jurisprudência para admitir prova *posterior* da tempestividade de um recurso, quando ele chegar ao Supremo com aparente intempestividade, como, por exemplo, tiver ocorrido uma causa suspensiva do prazo ou que lhe prorrogue o termo final, sem que isso tenha sido atestado, demonstrado ou comprovado pela parte. A partir de tal precedente, o STF passará a admitir o recurso, podendo a parte, posteriormente, trazer aos autos a comprovação da tempestividade do recurso. O STF entendeu que, quando o recurso é admitido no tribunal de origem, isso já representa uma comprovação de sua tempestividade, podendo a parte, posteriormente, confirmar essa afirmação feita pela corte local.

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

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

À Fazenda Pública e ao Ministério Público (fiscal da lei ou parte)⁹⁶, computa-se em dobro o prazo para recurso (art. 188, CPC). De acordo com a Lei Federal nº 9.469/97, art. 10, aplica-se tal disposição às autarquias e fundações públicas. Eis o teor do enunciado n. 116 da súmula do STJ: “A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça”. Esse benefício não se aplica ao prazo de contrarrazões: o

94. STJ, 5ª T., AgRg no Ag 1.425.291/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/2/2012, *DJe* 2/3/2012.

95. STF, 1ª T., AI 564.742 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 14/2/2012, acórdão eletrônico *DJe-058* divulg 20/3/2012 public 21/3/2012.

96. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2007, n. 3.6.2, p. 58.

MP e a Fazenda Pública têm prazo simples para responder a recurso⁹⁷. Também não incide a regra no âmbito dos Juizados Especiais Federais (art. 9º, Lei Federal n. 10.259/2001) e nos Juizados Estaduais da Fazenda Pública (art. 7º, Lei n. 12.153/2009). A dobra do prazo também não se aplica ao Ministério Público nos procedimentos de competência da Justiça da Infância e da Juventude, nos termos do inciso II do art. 198 do ECA, alterado pela Lei n. 12.594/2012.

Quando um ou outro interpuser o recurso na qualidade de terceiro prejudicado ou *custos legis*, respectivamente, incidiria o referido dispositivo, ou o prazo, nestas situações, é simples? O problema de que se cogita é abordado, com minúcia, por NELSON NERY JR., de forma que qualquer consideração a mais seria excessiva. Demonstra, o autor, o confronto entre as duas correntes doutrinárias sobre a extensão do benefício aos entes públicos: a que interpreta literalmente o art. 188 e aquela que o interpreta de acordo com uma suposta *mens legis*. A segunda corrente, afirma o autor, é a majoritária, e baseia-se em três argumentos: a) o conceito de parte no CPC é equívoco; b) o benefício é conferido à instituição do Ministério Público, p. ex., sendo que as dificuldades enfrentadas por seus representantes no processo existem independentemente da posição processual assumida; c) como a legitimação do Ministério Público é na condição de parte e de fiscal da lei, seria incoerente não admitir a dilação do prazo ao *custos legis*.⁹⁸ Considera-se que, de fato, partindo da premissa da constitucionalidade destas prerrogativas, a melhor interpretação do art. 188, CPC, é a que estende o benefício àqueles entes, inclusive quando recorrem como terceiro.⁹⁹

Os defensores públicos têm prazo em dobro para recorrer e responder ao recurso (arts. 44, I, e 128, I, da Lei Complementar n. 80, e art. 5º, § 5º, da Lei Federal n. 1.060/50).¹⁰⁰ Esse benefício deve ser estendido, por analogia, aos advogados que atuam em entidades não-governamentais que prestam assistência judiciária, como os serviços da OAB, do Patronato de Presos e Egressos e dos núcleos de prática jurídica das faculdades de direito.¹⁰¹ Ao advogado de sindicato, ao qual é vinculada a parte, *não* se confere esse benefício do prazo em dobro.¹⁰²

A tempestividade do recurso é aferida pela *data do protocolo*. Em outras palavras, o que importa, para verificar a tempestividade do recurso, é que ele

97. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 65-66.

98. NERY, JR., *Teoria Geral dos Recursos – princípios fundamentais*, 5 ed. cit., p. 310.

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

100. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 66.

101. Há precedente do STJ que não estende o benefício a núcleo de prática jurídica de entidade particular de ensino (STJ, 3ª T., AgRg no AgRg no AgRg na MC 5.149/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Dirceito, j. 15.10.2002, publicado no DJJ de 25.11.2002, p. 227). Há precedente do STJ que estende o benefício a núcleo de prática jurídica de entidade pública de ensino (STJ, 3ª T., REsp. n. 1.106.213/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.10.2011, publicado no DJe de 07.11.2011).

102. STJ, 5ª T., REsp n. 237.450/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.09.2001, publicado no DJJ de 08.10.2001, p. 236.

tenha sido apresentado ao protocolo dentro do prazo legalmente previsto. A devolução tardia dos autos é *irrelevante* para a aferição da tempestividade do recurso. Interposto o recurso no prazo previsto em lei, ele é tempestivo. A circunstância de os autos ficarem retidos com o advogado ou o fato de haver uma demora na sua devolução ao juízo ou tribunal *não* influi na tempestividade do recurso. É bem verdade que o art. 195 do CPC impõe ao advogado restituir os autos no prazo legal, devendo o juiz mandar, de ofício, riscar o que neles houver escrito e desentranhar as alegações e documentos que apresentar. Tal sanção prevista no art. 195 do CPC – que se aplica à Fazenda Pública e ao Ministério Público, por força do art. 197 do CPC – não tem o condão de fazer com que se entenda como intempestivo o recurso apresentado dentro do prazo legal. Independentemente de os autos serem ou não devolvidos com atraso, o recurso será tempestivo, desde que protocolizado no prazo previsto em lei. Com efeito, segundo anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, “protocolizado o recurso dentro do prazo, irrelevante a data em que foram os autos devolvidos em cartório. Em casos tais, inaplicável o art. 195 do CPC”¹⁰³. Ainda segundo consta de outro precedente do Superior Tribunal de Justiça, “protocolizados os embargos declaratórios da União dentro do prazo legal, é irrelevante a data em que foram os autos devolvidos em cartório. Dentre as sanções contidas no art. 195 do CPC, pela demora na devolução dos autos pelo advogado, não se inclui o não-conhecimento do recurso por intempestividade”¹⁰⁴.

Se o recurso for apresentado em protocolo diverso, somente vindo a ser apresentado depois do prazo em protocolo correto, deverá ser tido como tempestivo. O que importa é que tenha, dentro do prazo, sido apresentado, ainda que em juízo ou em foro diverso. A interposição do recurso é um ato *jurídico*, que depende de manifestação de vontade. A vontade foi manifestada dentro do prazo, sendo uma mera irregularidade a apresentação perante um protocolo diverso daquele destinado à apresentação do recurso cabível.

Ao julgar o REsp 690.545/ES, a 3ª Turma do STJ asseverou que “A jurisprudência tolera o erro no encaminhamento do recurso, quando é entregue em cartório diverso

103. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp n. 852.701/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.11.2006, publicado no *DJ* de 11.12.2006, p. 348.

104. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp n. 505.371/DF, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.12.2004, publicado no *DJ* de 21.3.2005, p. 318. *No mesmo sentido*: “PROCESSUAL CIVIL. CONTRARRAÇÕES APRESENTADAS TEMPESTIVAMENTE. DEVOUÇÃO DOS AUTOS APÓS O TÉRMINO DO PRAZO. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DESCABIDO. I. Constituem coisas distintas a apresentação de peça processual, para cujo aperfeiçoamento basta a sua protocolização tempestiva, da restituição dos autos em poder da parte, que, mesmo ocorrendo após o lapso para a prática do primeiro ato, não tem o condão de afetar a sua validade. II. Precedentes do STF e do STJ. III. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 58.829/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.8.1999, publicado no *DJ* de 20.9.1999, p. 64).

daquele em que tramita o processo; não é esse o caso, quando o recurso é deixado na Contadoria do Foro, que evidentemente não tem atribuição para esse efeito.”¹⁰⁵

Há outras questões polêmicas sobre a tempestividade recursal.

Seguem mais quatro exemplos.

Primeiro, a esdrúxula tese da intempestividade do *recurso prematuro*: o STF já afirmou que recurso interposto antes do prazo (antes da intimação da decisão) é intempestivo (ver, por exemplo, STF, 2ª. T., AI n. 375.124, j. 28.05.2002, rel. Celso de Mello, publicado no DJU 28.06.2002). Os fundamentos não se sustentam, até mesmo pela irrazoabilidade: se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação¹⁰⁶.

Emblemático deste posicionamento é o julgamento do STF no Ag. Reg. no AI n. 558.168, rel. Min. César Peluso, em 21.02.2006: “1. RECURSO. Extraordinário. Interposição antes de publicação do acórdão. Possibilidade teórica de acompanhamento eletrônico. Irrelevância. Sistema que apenas informaria o estado do processo, não as razões de decidir. Recurso prepóster. Não conhecimento. Se não se prova doutro modo o conhecimento anterior das razões de decidir, não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça ou da sua juntada aos autos.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação desarrazoada. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. Arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.”

No final de 2004, a Corte Especial do STJ, no ERESP n. 492.461, considerou possível a interposição de recursos contra decisões unipessoais ou colegiadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. A medida, que se contrapõe à jurisprudência anteriormente firmada no Tribunal, decorre de decisão tomada pela maioria dos ministros da Corte Especial.

Em junho de 2005, o STF proferiu decisão admitindo como *tempestivo* recurso interposto antes do início da fluência do prazo¹⁰⁷. No Informativo n. 665, que abrange o período de 07 a 11 de maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal

105. REsp 690545/ES, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 18/12/2007, DJe 27/06/2008.

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

107. STF, Pleno, AO 1133 AgR-AgR/DF, rel. Min. Carlos Britto, 16.6.2005, publicada no Informativo n. 392, de 13-17 de junho de 2005.

divulgou uma importantíssima decisão. Trata-se de acórdão proferido no HC n. 101.132/MA, cujo relator é o Ministro Luiz Fux. Neste julgado, o STF, finalmente, e ao que parece definitivamente, reviu essa sua antiga jurisprudência, para admitir como tempestivo recurso interposto antes da publicação da decisão, acolhendo a integralidade dos argumentos da doutrina neste sentido – diga-se, inclusive, que se trata de uma rara situação em que a doutrina fala em uníssono. Espera-se, sinceramente, que essa decisão ilumine o TST, que ainda recalcitra no particular (n. 434, I, da súmula do TST: “É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado”).

A questão parecia resolvida, mas a 1ª T. do STJ voltou a manifestar entendimento de que seria extemporâneo (e, portanto, intempestivo) o recurso interposto antes da publicação da decisão na imprensa oficial¹⁰⁸. A Corte Especial voltou, de igual modo, a manifestar esse lamentável entendimento relativo à extemporaneidade ou intempestividade prematura¹⁰⁹.

Esse vaivém é inaceitável.

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

O STJ decidiu que o art. 191 do CPC – prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos – é regra de aplicação “objetiva e irrestrita”. Assim,

108. “PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO NA PENDÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTENSOR. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (Acórdão da 1ª Turma do STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 161.621, rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado no *DJe* 21/8/2012).

109. “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTENSOR. PRECEDENTES DO STJ E STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. É extemporâneo o recurso interposto antes da publicação do v. acórdão que se pretende impugnar. Precedentes do e. STJ e do c. STF. Agravo regimental desprovido.” (Acórdão da Corte Especial do STJ, AgRg nos EAREsp 12.505/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. 1º/8/2012, *DJe* 16/8/2012).

110. Ver, ainda, por exemplo, STF, Pleno. AI 330106 AgR-QO/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 12.06.2002, publicado no DJU de 28.06.2002, p. 88.

aplicar-se-ia mesmo nos casos de os diferentes advogados pertencerem a um mesmo escritório (STJ, 3ª T., REsp n. 818.419, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 09.06.2009, publicado no DJe de 18.06.2009). Não parece, contudo, uma orientação correta. Trata-se de indício claro de abuso de direito processual, que deve ser combatido por força da incidência do princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC). Além de tornar ilícitas as condutas abusivas, o princípio da boa-fé processual também exerce a função normativa de servir como parâmetro hermenêutico para a aplicação de todas as normas processuais. Essa interpretação do art. 191 do CPC é contrária à proteção da boa-fé objetiva e, portanto, não deve ser aceita nem prestigiada. Também não é razoável a interpretação dada pelo STJ, por não ser compatível com a finalidade da regra. Os advogados de diversos litisconsortes não podem retirar os autos de cartório, havendo dificuldade de consultá-los, pois precisam, frequentemente, deslocar-se à sede do juízo para verificar se há alguma novidade ou para confirmar algum elemento contido nos autos. Para “compensar” essa dificuldade, o legislador conferiu prazo em dobro. Essa finalidade, como é evidente, não se faz presente quando os advogados, embora diversos, integram o mesmo escritório.

Segundo entende o STJ, o prazo para interposição do agravo contra denegação de recurso especial (CPC, art. 544) *não* deve ser contado em dobro, ainda que se trate de recurso interposto por litisconsorte com procurador diferente.¹¹¹ O STJ entende que o art. 191 do CPC não se aplica ao agravo contra denegação de recurso especial, pois cada litisconsorte, ainda que representado por procurador diferente, irá insurgir-se contra uma decisão diferente. Cada recurso especial terá sido inadmitido, na origem, por uma decisão própria, cabendo um agravo próprio de cada uma, não havendo razão para aplicação do referido dispositivo. A situação equivale, *mutatis mutandis*, àquela contida no enunciado 641 da Súmula do STF.

O terceiro exemplo diz respeito ao conteúdo do enunciado n. 256 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: “O sistema de ‘protocolo integrado’ não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça”. Este enunciado, em razão da inclusão do parágrafo único do art. 547 do CPC, não tem mais sentido. A razão de ser dessa proibição era a ausência de regra expressa no CPC, que autorizasse a criação de protocolos descentralizados. O STJ já decidiu, porém, que, a partir da vigência da Lei 10.352, de 2001, ficou legitimada a possibilidade de utilização dos protocolos integrados, inclusive

111. STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 435.412/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 24.06.2002, publicado no DJ 02.09.2002, p. 188; STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 314.788/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 05.10.2000, publicado no DJ 20.11.2000, p. 295; STJ, 4ª T., EDcl no Ag n. 672.853/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 15.12.2005, publicado no DJ 03.04.2006, p. 355.

para recebimento de recursos especiais e extraordinários¹¹². Em 23.02.2006, o Pleno do STF, por unanimidade, entendeu, corretamente, que o sistema de protocolo integrado aplica-se à instância extraordinária, reformando a decisão do relator (que se retratou), que não conhecera do recurso por intempestividade (AI n. 507.874). Em maio de 2008, o STJ, acolhendo os argumentos suscitados, decidiu por revogar o n. 256 da súmula da sua jurisprudência predominante que, de fato, após a Lei n. 10.352/2001, não tinha mais sentido (AgRg no Ag 792.846-SP, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. em 21.5.2008).¹¹³

A quarta situação examinada refere-se ao recurso interposto por *fac-símile* (fax). De acordo com a Lei Federal n. 9.800/1999, é possível a prática de qualquer ato processual escrito por meio de sistema de transmissão de dados e imagens tipo *fac-símile* ou outro similar (art. 1º). Essa prática não acarreta qualquer prejuízo em relação ao cumprimento dos prazos, pois a parte está autorizada a entregar os originais, em cartório, no máximo, no prazo de cinco dias contados da data do término do prazo que tinha para praticar o ato. O STJ interpretou este dispositivo da seguinte forma: a) O prazo para apresentação de original em recurso apresentado via *fac-símile* que findar em final de semana, feriado ou dia em que não houver expediente forense ficará prorrogado até o primeiro dia útil seguinte a esta data (aplica-se o § 1º do art. 184 do CPC);¹¹⁴ b) Este prazo de juntada dos originais não se soma ao prazo recursal, em razão da preclusão consumativa: “assim, com o recebimento do recurso oferecido via *fac-símile*, encerra-se o prazo recursal, passando imediatamente a ter início

112. STJ, 1ª T., Edcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 454.179-SP, rel. Min. Teori Zavaski, j. 21.08.2003, DJU de 06.10.2003.

113. Ao apreciar o agravo regimental no agravo de instrumento no qual o agravante sustentava que deve prevalecer o entendimento da Lei n. 10.352/2001, a Corte Especial, ao prosseguir no julgamento, por maioria, deu provimento ao agravo regimental e revogou a Súmula n. 256 deste Superior Tribunal. O Min. Luiz Fux, em seu voto-vista, explicitou que a mencionada lei alterou o parágrafo único do art. 547 do CPC visando a permitir que, em todos os recursos, não só no agravo de instrumento (art. 525, § 2º, do CPC), pudesse a parte interpor sua irrisignação por meio do protocolo integrado. Para o Min. Luiz Fux, atenta contra a lógica jurídica conceder o referido benefício aos recursos interpostos na instância local, onde há mais comodidade oferecida às partes do que com relação aos recursos endereçados aos tribunais superiores. A tendência ao efetivo acesso à Justiça, demonstrada, quando menos, pela própria possibilidade de interposição do recurso via fax, revela a inequívocidade da ratio essendi do artigo 547, parágrafo único, do CPC, aplicável aos recursos em geral e, a fortiori, aos Tribunais Superiores. Este Tribunal Superior já assentou que a Lei n. 10.352/2001, ao alterar os artigos 542 e 547 do CPC, afastou o obstáculo à adoção de protocolos descentralizados. Essa nova regra processual, de aplicação imediata, orienta-se pelo critério da redução de custos, pela celeridade de tramitação e pelo mais facilitado acesso das partes às diversas jurisdições. Precedente citado do STF: AgRg no AI 476.260-SP, DJ 16/6/2006.

114. EREsp n. 489226, publicado no noticiário eletrônico do STJ, em 03.10.2005.

o prazo para a entrega da petição inicial original enviada eletronicamente”;¹¹⁵ c) “o texto original do recurso interposto por fax deve ser entregue em juízo, necessariamente, até cinco dias do respectivo protocolo, nada importando que o termo inicial dessa prorrogação recaia em sábados, domingos e feriados, porque o prazo é contínuo”.¹¹⁶

Interpretando a Lei n. 9.800/1999, a Corte Especial do STJ entendeu possível a interposição do agravo de instrumento por *fax*, desacompanhado das peças que deveriam compor esse mesmo instrumento. A Min. Relatora firmou que a referida lei nada diz a respeito da transmissão das peças ou documentos que guarnecem a petição e que ela deve ser interpretada no sentido de dispensar a parte dessa exigência, visto não lhe aproveitar qualquer benefício, dado que suas razões têm de estar prontas no prazo do recurso e as peças a serem juntadas não podem ser modificadas, além de não existir prejuízo à parte contrária, que tem vista dos autos só após o protocolo dos originais. Em divergência, o Min. Luiz Fux ponderou que a via do *fax* não exonera a parte do atendimento, no momento da transmissão, das exigências legais quanto ao ato processual específico (art. 1º, parágrafo único, da Resolução n. 179/1999 do STF), sendo necessária a conjunta transmissão a fim de aferir a coincidência entre o que é transmitido e os originais (arts. 4º e 5º da retrocitada lei), além de permitir soluções de urgência. Anotou, por último, que é justamente a formação do instrumento que diferencia este agravo do retido, sendo certo que a falta de peças leva à inadmissão pela ausência de requisito de admissibilidade extrínseco consistente na regularidade formal. Embora as ponderações do Min. Luiz Fux sejam bastante coerentes, o entendimento que prevaleceu segue a linha adotada neste curso, de que é preciso interpretar as regras processuais em *favor* da admissibilidade do procedimento, como foi o caso (REsp n. 901.556-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.5.2008).

Como se vê, a Corte Especial do STJ entendeu possível a interposição do agravo de instrumento por *fac-símile*, desacompanhado das peças que deveriam

115. STJ, 1ª Seção, AgRg no AgRg nos EREsp 406.948/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 27.04.2005, DJ de 30.05.2005. Há decisão do STF, porém, em outro sentido, RHC n. 86.952/, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2007: “A dilação prevista para a apresentação do original tem como termo inicial a data do término do prazo assinado para a prática do ato e não aquela alusiva ao recebimento do *fac-símile* – inteligência do artigo 2º, cabeça e parágrafo, da Lei n. 9.800/99”.

116. Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, EREsp 687.361/GO, rel. Min. Ari Pargendler, j. 19/6/2006, DJ de 1º/8/2006, p. 336. Nesse mesmo sentido, entende o STF que “o prazo adicional de 5 dias, previsto na Lei n. 9.800/99, é contínuo e peremptório, ainda que o seu início não recaia em dia útil.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, RE-AgR-ED-AgR 456.666/PR, rel. Min. Eros Grau, j. 28/11/2006, DJ de 9/2/2007, p. 52).

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

Discute-se se a interposição por correio eletrônico assemelha-se à interposição por fax. Ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 916.506/RN, relator Ministro Paulo Gallotti (*DJ* de 24.09.2007, p. 289), a 6ª Turma do STJ entendeu que o correio eletrônico (e-mail) não pode ser considerado similar ao *fac-símile* para efeito de aplicação do art. 1º da Lei nº 9.800/1999, não admitindo a interposição de recurso por e-mail. Nos termos da Resolução nº 2, de 24 de abril de 2007, que disciplina o recebimento de petição eletrônica no âmbito do STJ, somente se permite tal forma de ajuizamento nos processos de competência originária do Ministro Presidente, no *habeas corpus* e nos recursos em *habeas corpus*. Não foi esse, contudo, o entendimento manifestado pela Seção de Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, que entendeu possível a interposição de recurso por correio eletrônico, fundamentando-se na prerrogativa constitucional da ampla defesa e na aplicação da Lei nº 9.800/1999, que tem caráter geral e alcança o e-mail, desde que apresentado o original no prazo de até cinco dias após o fim do prazo recursal (E-AIRR-1.246/2002-079-15-41.2, relator Ministro Lelio Bentes Corrêa). Este segundo entendimento ajusta-se ao que vem sendo defendido neste *Curso*: o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional exige que sejam suplantadas barreiras que impeçam o conhecimento dos recursos. É bem verdade que há ainda receio e temor quanto à prática de atos processuais eletrônicos, justamente por imaginar-se que não se tem garantia de utilização de meios seguros que atestem a autenticidade dos atos praticados. No caso, não parece haver tal risco, exatamente porque o original deve ser apresentado em cinco dias, tal como exige a Lei nº 9.800/1999, confirmando-se a autenticidade e regularidade do recurso interposto. Impõe-se, enfim, perfilhar essa orientação ministrada pelo TST, de sorte que o recurso pode ser interposto por *fac-símile* ou por e-mail, desde que apresentado o original em até cinco dias após o fim do prazo recursal.

Lembre-se, ainda, que o mesmo STJ editou o enunciado n. 216 da súmula da sua jurisprudência predominante: “A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”.

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

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

Em julgamento realizado no dia 17 de dezembro de 2012, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.324.432/SC, rel. Min. Herman Benjamin, considerou tempestivos embargos à execução que foram apresentados fora do prazo por erro em *site* de tribunal. Embora o caso refira-se a embargos à execução, a *ratio decidendi* do precedente aplica-se a qualquer recurso ou meio de impugnação. Ao analisar o caso, o Ministro relator lembrou que o precedente mais recente da Corte Especial do STJ sobre o tema era de 2007 (REsp 514.412), em sentido contrário ao reconhecimento da validade do ato, apesar do erro no *site* oficial, o que, no entender do relator, abre a possibilidade de revisão do posicionamento do Tribunal. O ministro citou que a 3ª Turma, em 2011, entendeu que “o equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura justa causa a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte” (REsp 960.280). Em outro recurso, julgado no mesmo ano, a 3ª Turma afirmou que se deve “prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional”. Em ambos os casos, a Turma alinhou-se à Lei 11.419/06 (lei do processo eletrônico), que retirou força da tese de que “as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais somente possuem cunho informativo” (REsp 1.186.276).

8.3.7. Regularidade formal. A regra da dialeticidade dos recursos

Para que o recurso seja conhecido, é necessário, também, que preencha determinados requisitos formais que a lei exige; que observe “a forma segundo a qual o recurso deve revestir-se”.¹¹⁷

Assim, deve o recorrente, por exemplo, sob pena de inadmissibilidade de seu recurso: a) apresentar as suas razões, impugnando especificamente as razões da decisão recorrida;¹¹⁸ b) juntar as peças obrigatórias no agravo de instrumento;

117. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos – Princípios fundamentais*, 5 ed. RT, 2001, p. 314.

118. A propósito, o verbete 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”. Na mesma linha, a

c) juntar, em caso de recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, a prova da divergência, bem como transcrever trechos do acórdão recorrido e do aresto paradigma (art. 541, par. ún., CPC; art. 255, §2º, RISTJ, respectivamente); d) afirmar, em tópico ou item preliminar do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral; e) formular pedido de nova decisão (*error in iudicando*) ou de anulação da decisão recorrida (*error in procedendo*); f) o agravo retido interposto contra decisão proferida em audiência deve ser interposto oralmente (art. 523, §3º, CPC); g) à exceção do agravo retido, no exemplo mencionado, e dos embargos de declaração em Juizados Especiais Cíveis (art. 49, Lei Federal n. 9.099/95), que *podem* ser interpostos oralmente, os demais recursos deverão ser interpostos por petição escrita, sendo-lhes vedada a interposição por simples cota nos autos, “tendo em vista até mesmo a impossibilidade da aferição da tempestividade, pois a inexistência do registro de ingresso no protocolo do órgão judicial impede a contagem do prazo recursal”¹¹⁹ etc.

O recurso deve ser subscrito por advogado legalmente constituído. Mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em que se confere à própria parte a capacidade postulatória, o recurso há de ser subscrito por advogado. Na verdade, o advogado, no recurso, representa a parte, devendo, então, exibir a procuração. Não havendo procuração, deve-se aplicar o art. 13 do CPC para que o advogado regularize a representação, sob pena de não ser admitido o recurso. O STF e o STJ, no âmbito dos recursos excepcionais, não aceitam a aplicação do referido art. 13 do CPC, adotando a orientação de que, não havendo procuração, não se conhece do recurso. A propósito, o enunciado 115 da Súmula do STJ estabelece que “na instância especial, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Ao julgar o AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.023.724/RS, rel. Min. Luiz Fux, a 1ª Turma do STJ entendeu que “na hipótese de ocorrer modificação na denominação social da empresa, faz-se mister a apresentação da procuração da empresa com a nova denominação social, sob pena de não conhecimento do recurso.”

Não parece adequado tal entendimento. A modificação na denominação da sociedade empresária não constitui causa de extinção do mandato. As causas de extinção do mandato estão previstas no art. 682 do Código Civil, não se incluindo

súmula 04 do 1º TACiv-SP: “Não se conhece de apelação quando não é feita a exposição do direito e das razões do pedido de nova decisão”.

119. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 2 cd. Belo Horizonte: Maza Edições, 2001, p. 92.

ali a mudança na denominação social do mandante. A simples mudança do nome não altera a personalidade. Ainda que houvesse a alteração da personalidade jurídica, a nova pessoa assume, em caráter de sucessão, os direitos e obrigações da pessoa extinta, sendo válidos os contratos e procurações anteriormente celebrados, a não ser que sejam revogados expressamente. Não é necessária nova procuração, nem se impõe a inadmissibilidade do recurso se não houver tal procuração nova, com o nome atual da pessoa jurídica.

“Princípio da dialeticidade”. A doutrina costuma mencionar a existência de um *princípio da dialeticidade dos recursos*¹²⁰. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Rigorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se.

8.3.8. *Preparo*

O *preparo* consiste no adiantamento das despesas relativas ao processamento do recurso. À sanção para a falta de preparo oportuno dá-se o nome de *deserção*¹²¹. Trata-se de causa objetiva de inadmissibilidade, que prescinde de qualquer indagação quanto à vontade do omissor. O preparo há de ser comprovado no momento da interposição¹²² (art. 511, CPC) – anexando-se à peça recursal a respectiva guia de recolhimento –, se assim o exigir a legislação pertinente, inclusive quanto ao pagamento do porte de remessa e de retorno.

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

Para que se considere realizado o preparo, basta que o valor tenha sido efetivamente pago mediante guia própria. Se, entretanto, o pagamento for feito por guia diversa,

120. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 6 ed. cit., p. 176-178.

121. Rigorosamente, não é caso de deserção, que significa abandono. O caso é de interposição defeituosa de recurso. Com a nova configuração do preparo, que tem de ser feito previamente, não há mais espaço para o abandono do recurso, pela deserção, caracterizado pela não efetuação do preparo em momento posterior. Sobre o tema, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 164, nota 1; FERREIRA, William Santos. “Sistema recursal brasileiro: de onde viemos, onde estamos e para onde (talvez) iremos”. *Linhas mestras do processo civil*. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 697.

122. Em sentido diverso, admitindo a comprovação posterior do preparo, desde que ainda dentro do prazo do recurso, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 164. Sobre a discussão, amplamente, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 161, notas 226 e 227.

mas houver identificação das partes e do processo, deve-se aproveitar o preparo e ter como admissível o recurso. A propósito disso, a Corte Especial do STJ, ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 648.472-BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, entendeu que o pagamento do porte de remessa e retorno dos autos, embora efetuado por guia imprópria (DAJ) em vez da guia própria (DARF), é válido e deve ser considerado, exatamente porque todos os dados estavam identificados, não havendo prejuízo. Ademais, a resolução que alterou o tipo de guia a ser utilizada só havia entrado em vigor um dia depois da realização do preparo, não podendo retroagir para prejudicar a parte recorrente.

A Corte Especial do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.090.683-MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, entendeu ser possível o preenchimento manual do campo correspondente ao número do processo na guia de recolhimento relativa ao porte de remessa e retorno dos autos. Não havendo erro ou dúvida no preenchimento da guia, deve ser aceito o preparo realizado, admitindo-se o recurso.

Nesse mesmo sentido, a 4ª Turma do STJ, ao julgar os Embargos de Declaração no AREsp 81.985/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, entendeu que “estando a guia devidamente preenchida, nos termos da respectiva resolução do STJ, inclusive com a devida anotação do número de referência, a correspondência entre o seu código de barras e aquele constante no comprovante de pagamento juntado aos autos permite demonstrar a que processo se refere o pagamento das custas e do porte de remessa e retorno, ainda que não conste, no comprovante, o número do processo”.

Em razão do disposto no § 4º do art. 515 do CPC, não se deve mais reconhecer a imediata deserção. A ausência de preparo constitui, a toda evidência, um vício sanável. Assim, em aplicação ao citado § 4º do art. 515 do CPC, o recorrente deve ser intimado antes de se aplicar a pena de deserção, a fim de que possa, no prazo que lhe for fixado, efetuar o preparo. Não efetuado, deve-se reconhecer a deserção. Diversamente, cumprida a diligência, prosseguirá o julgamento do recurso.¹²³

Antes da reforma de 1994 (complementada com a de 1998), o pagamento do preparo somente seria efetuado se o recurso fosse admitido pelo órgão *a quo*, antes da subida ao órgão *ad quem*, como condição de processamento do recurso. A parte deveria ser intimada para esse pagamento e teria um prazo para efetuar-lo sob pena de deserção.

Enunciado n. 19 da súmula da jurisprudência do TJ/DF: “O preparo do recurso há de ser comprovado no momento de sua interposição, ainda que remanesça parte do prazo para seu exercitamento, sob pena de deserção”.

123. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4º do art. 515 do CPC)”. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coords.). São Paulo: RT, 2008, p. 764; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Ausência de preparo e o novo § 4º do art. 515 do CPC: técnica a serviço da efetividade”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 94.

Conclusão n. 02 do IX Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: “O não preparo do agravo, concomitante à sua interposição, embora feito dentro do prazo recursal, determina deserção”.¹²⁴

Ver, porém, a seguinte decisão do STJ: “Não há desobediência ao art. 511 do CPC se a juntada do preparo é feita em momento posterior à interposição do recurso, ambas durante as férias forenses, quando há suspensão dos prazos. Precedentes citados: REsp 277.284-DF, DJ 12/3/2001; REsp 188.955-MG, DJ 8/3/1999, e REsp 149.224-MG, DJ 15/12/1997”. (REsp 633.419-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 2.12.2004, Informativo n. 221 do STJ).

O valor do preparo é o da soma, quando for o caso, da taxa judiciária e das despesas postais (portes de remessa e de retorno dos autos). O parágrafo único do art. 5º da Lei n. 11.636/2007, que cuida do regime de custas perante o STJ, prescreve que “o preparo compreende todos os atos do processo, inclusive a baixa dos autos.

No sistema dos Juizados Especiais Cíveis, entretanto, é possível a efetivação do preparo do recurso contra a sentença em até 48 horas após a sua interposição, conforme o art. 42, § 1º, da Lei Federal nº 9.099/95.¹²⁵ Ainda excepcionalmente, deve-se lembrar da regra especial prevista no art. 14, II, da Lei Federal nº 9.289/96¹²⁶, aplicável aos feitos pendentes na Justiça Federal, que permite a efetivação do preparo da apelação ou do recurso ordinário constitucional (interposto contra sentença, nas causas internacionais previstas no art. 109, II, CF/88), dentro do prazo de cinco dias após a interposição do recurso¹²⁷. Todo este regramento se aplica ao recurso do terceiro.

124. Enunciados lembrados por SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110.

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

126. Lei Federal 9.289/96, art. 14, II: “O pagamento das custas e contribuições devidas nos feitos e nos recursos que se processam nos próprios autos efetua-se da forma seguinte: (...) II – aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção;...” Em sentido contrário ao quanto afirmado no texto, entendendo que a Lei Federal n.º 9.756/98 revogou a LF 9.289/96, e, assim, a apelação na Justiça Federal submete-se ao mesmo regramento geral, JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*. São Paulo: RT, 1998, p. 197; O STJ entende que, no âmbito da Justiça Federal, não se aplica o art. 511 do CPC, de forma que o prazo para preparo é de 5 (cinco) dias contados da intimação do recorrente para esse fim, tal como estabelece o aludido art. 14, II, da Lei nº 9.289/1996. *Nesse sentido*: acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 460.464/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.2.2003, publicado no DJ de 17.3.2003, p. 190; acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, AgRg no REsp 438.377/DF, rel. Min. Paulo Medina, j. 26.11.2002, publicado no DJ de 23.6.2003, p. 322; acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 675.053/PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.9.2005, publicado no DJ de 10.10.2005, p. 233; acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 552.994/PE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 7.11.2006, publicado no DJ de 5.12.2006, p. 246.

127. A regra não se aplica nos processos que tramitam perante o juízo estadual com competência federal (art. 109, § 3º, CF/88). Isso porque, como o serviço judiciário está sendo prestado pela Justiça Estadual, são as normas estaduais, que regulam o pagamento das despesas processuais, as que devem ser aplicadas. Não

São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, União, Estados, Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal, como o beneficiário da justiça gratuita (§ 1º do art. 511, CPC; art. 3º, VII, Lei n. 1.060/1950, acrescentado pela Lei Complementar n. 132/2009).

Importante frisar o enunciado n. 178 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: “O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios propostas na Justiça Estadual”. Esse enunciado, porém, parece estar em contradição com a Lei Federal n. 9.028/1995. É que a Medida Provisória n. 2.180-35/2001, alterou a Lei Federal 9.028/1995, que passou a dispor: “Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, seja no polo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele”.

A Medida Provisória parece que, no caso, sofre do vício da inconstitucionalidade, pois, não obstante norma federal, confere isenção de tributo estadual (a taxa judiciária), o que lhe é proibido por força do art. 151, III, da CF/88. O STJ, por isso mesmo, permanece aplicando o referido enunciado: 6ª T., REsp n. 181.874/RS, rel. Hamilton Carvalhido, j. 27.04.2004, publicado no DJ de 28.06.2004, p. 423.

Há recursos que dispensam preparo: o agravo retido (art. 522, par. ún., CPC), os *embargos infringentes de alçada* (art. 34 da Lei Federal n. 6.830/1980),¹²⁸ o agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial ou extraordinário, os recursos no ECA (art. 198, I, Lei Federal n. 8.069/1990)¹²⁹, o agravo interno (art. 557, § 1º, CPC)¹³⁰ e os embargos de declaração (art. 536, CPC).

A legislação que regula as ações coletivas dispensa expressamente os legitimados coletivos do adiantamento de custas, emolumentos e quaisquer outras despesas processuais. Significa que tal legislação afasta, no âmbito das ações coletivas, a aplicação do disposto no art. 511 do CPC. Não há, enfim, preparo nos recursos interpostos no processo coletivo por um dos legitimados coletivos.

A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias (§ 2º do art. 511, CPC). Essa

é ocioso lembrar que as custas judiciais constituem tributo da espécie taxa. Pendendo a causa na Justiça Estadual, o tributo cobrado é igualmente estadual, submetendo-se à legislação do Estado-membro onde tramita a causa.

128. SOUZA, Bernardo Pimentel. “Embargos infringentes de alçada”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 28, p. 225.

129. O STJ pacificou o entendimento de que essa isenção somente se destina às crianças e adolescentes – demais entes jurídicos que participem de processo jurisdicional regulado pelo ECA não estão, por isso, dispensados do pagamento do preparo (STJ, 1ª T., AgRg no REsp n. 996.558, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 15.12.2009, publicado no DJe de 02.02.2010).

130. STJ, 3ª T., Resp n. 435.727/PR, rel. Min. Castro Filho, j. 14.06.2004, publicado no DJ de 01.07.2004, p. 189.

intimação pode ser feita tanto pelo juízo *a quo*, quanto pelo *ad quem*¹³¹. Preparo insuficiente é preparo feito; preparo que não foi feito não pode ser adjetivado. Insuficiente é o preparo feito a menor, qualquer que seja o valor. Isto significa que a deserção, por insuficiência do preparo, é sanção de inadmissibilidade que somente pode ser aplicada após a intimação do recorrente para que proceda à complementação. Como se trata de regra que facilita o conhecimento dos recursos, deve ser interpretada elasticamente, tendo em vista a premissa adotada neste livro, de que o juízo de admissibilidade dos recursos submete-se aos sistemas das invalidades processuais.

O julgamento de uma reclamação no STJ trouxe à tona esse tema: o reconhecimento da deserção de um recurso em razão de preparo insuficiente (Reclamação n. 4.278-RJ, j. em 05.05.2011). No caso, faltavam ao preparo dois centavos de real (R\$ 0,02). Discutia-se a aplicação da regra do § 2º do art. 511 do CPC, que impõe a intimação do recorrente para complementar o preparo antes do juízo de inadmissibilidade do recurso, ao microsistema dos Juizados Especiais.

O STJ não conheceu da reclamação. Entendeu que a reclamação regulada pela Resolução n. 12/2009 do STJ, ajuizada contra ato de turma recursal, somente é cabível para consolidar a interpretação do direito “substantivo” federal; não caberia, enfim, para a uniformização da jurisprudência em matéria de direito processual federal (sobre o tema, ver capítulo sobre a reclamação constitucional, neste volume do *Curso*). Nada obstante o juízo de inadmissibilidade da reclamação, a relatora, em *obiter dictum*, afirmou que, se enfrentasse o mérito, não acolheria a pretensão da autora, porque a regra do CPC é geral e não se aplica ao microsistema processual dos Juizados, que não a reproduz.

A decisão assusta e entristece.

Assusta, pois o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a absurdez de uma decisão que não conhece o recurso em razão do não pagamento de dois centavos. Não conhecer um recurso pela falta de preparo já é comportamento questionável, mas, de qualquer maneira, é imposto pela ordem jurídica brasileira.

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

A regra do § 2º do art. 511 é uma concretização deste princípio¹³².

Não há quem afirme que, no microsistema dos Juizados Especiais, não vigora o princípio da boa-fé processual. A eficácia desse princípio não depende de regras que o concretizem: do princípio da boa-fé, podem ser extraídas diretamente diversas

131. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

132. DIDIER Jr., Fredie. “Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 176, p. 335-340.

situações jurídicas processuais. No caso, apontam-se duas: o direito à complementação do preparo substancialmente feito e o dever de o órgão jurisdicional determinar a complementação do preparo, como etapa prejudicial ao juízo de inadmissibilidade (não feita a complementação, o recurso não seria conhecido).

A interpretação de que § 2º do art. 511 não se aplica no âmbito dos Juizados Especiais, cuja lei não contém texto normativo idêntico, entristece também.

Ela revela *a)* a confusão entre texto e norma (não haveria norma sem texto), *b)* o desconhecimento sobre a função da regra do § 2º do art. 511 do CPC (tutelar a boa-fé) e *c)* a ignorância sobre a eficácia normativa do princípio da boa-fé processual, já reconhecido pelo STF como conteúdo mínimo do devido processo legal.¹³³

O art. 519 do CPC prevê a possibilidade de relevação da deserção, em casos de apelação, quando o recorrente provar o justo impedimento (greve bancária, enchente, dúvida escusável quanto à exigência de preparo para a interposição do recurso, como acontece, p. ex., em alguns tribunais, que exigem o preparo para o agravo interno, que não o possui, como visto etc). Embora o dispositivo esteja na parte relacionada à apelação, é de aplicação geral. Trata-se da especialização da regra geral do art. 183 do CPC, o que implica afirmar que, em todo e qualquer recurso, é possível a relevação da deserção em tais situações. O parágrafo do art. 519 reputa irrecorrível a decisão que concede prazo para o recorrente efetuar o preparo, pela absoluta falta de interesse, porquanto qualquer objeção que porventura possa fazer, será objeto de exame pelo órgão “*ad quem*”, como preliminar de conhecimento em suas contrarrazões. Contra a decisão que denega o pedido de relevação da deserção cabe agravo de instrumento, se a decisão for do órgão *a quo*, ou agravo interno, em se tratando de decisão do relator.

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

Justiça gratuita. Caso o recorrente deseje auferir os benefícios da justiça gratuita, deverá requerê-los no próprio recurso, para que o órgão de interposição (*a quo*, normalmente) ou o relator os conceda. Prevê o art. 6º da Lei Federal nº 1.060/50: “O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência. A petição, neste caso, será autuada em separado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente”. Não se pode levar ao extremo a literalidade do dispositivo, a impor ao recorrente a elaboração de duas petições (a do recurso e a do requerimento da assistência

133. Flávio Cheim Jorge adota uma interpretação restritiva deste dispositivo. Para o autor capixaba, não se aplica o enunciado quando o valor do preparo for fixo (aquele que independe das peculiaridades do caso concreto). Defender posição contrária significa ir na contramão da reforma, permitindo que as partes sempre recolham valores inferiores ao incontroversamente previsto e interfiram no trâmite processual previsto pelo legislador. (*Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165.)

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

Antes mesmo de analisar a admissibilidade do recurso, o juízo *a quo* deverá manifestar-se sobre o pedido de gratuidade – que é questão prejudicial ao exame do requisito de admissibilidade “preparo”. Poderá exigir a comprovação da situação de pobreza, caso em que, se não o fizer o requerente, indeferirá o pedido e, aplicando por analogia o art. 519 do CPC, relevará a pena de deserção, fixando prazo para que a parte efetue o respectivo preparo. Somente se o recorrente não efetuar este pagamento, a despeito de devidamente intimado para tanto, é que se poderá ter por deserto o recurso. É possível que, caso a caso, o comportamento da parte, ao requerer o benefício da gratuidade, revele-se temerário, mas isso não quer dizer que, sempre que realizado o pagamento, após o indeferimento do pedido, terá havido má-fé processual por parte do requerente. O exame deverá ser feito sempre *in concreto*.

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

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

Sendo deferido o pedido, seja no juízo *a quo* ou no *ad quem*, por óbvio que, tal como se vem dizendo, o deferimento da gratuidade aqui somente repercutirá para o futuro, desde o valor do preparo do recurso em diante. Por conta disso, eventual condenação ao pagamento de custas e de honorários imposta pela sentença recorrida não poderá ter, mesmo que deferida a gratuidade solicitada no recurso, sua exigibilidade suspensa: por ela responderá normalmente o beneficiário que somente auferiu o benefício em grau recursal. Haverá, contudo, suspensão da exigibilidade pelo prazo do art. 12 da L.A.J se o tribunal, a pedido da parte contrária, majorou o percentual devido, por exemplo, a título de

honorários advocatícios. Mas, ainda assim, a suspensão restringir-se-á à parcela majorada.¹³⁴ A Lei n. 11.636/2007, que cuida do regime de custas perante o STJ, estabelece, no art. 13, a competência para apreciar o pedido de justiça gratuita: “A assistência judiciária, perante o Superior Tribunal de Justiça, será requerida ao presidente antes da distribuição, e, nos demais casos, ao relator. Parágrafo único. Prevalecerá no Superior Tribunal de Justiça a assistência judiciária já concedida em outra instância.

O valor do preparo não será devolvido, mesmo se o recurso não for conhecido. Nem mesmo o valor dos portes de remessa e de retorno dos autos (note que, embora se pague antecipadamente pelas despesas com a remessa dos autos, não será devolvido esse valor se a remessa não realizar-se). A propósito do assunto, convém transcrever o art. 8º da Lei Federal n. 11.636/2007, que cuida do regime de custas no STJ: “Não haverá restituição das custas quando se declinar da competência do Superior Tribunal de Justiça para outros órgãos jurisdicionais. Em sentido semelhante, o art. 11 da mesma lei: “O abandono ou desistência do feito, ou a existência de transação que lhe ponha termo, em qualquer fase do processo, não dispensa a parte do pagamento das custas nem lhe dá o direito à restituição.

Se houver regra, no regimento interno do tribunal, estabelecendo momento diverso para o preparo, não deve ser reconhecida a deserção, se o preparo for realizado nos termos da regra regimental, pois se deve resguardar a boa-fé objetiva da parte que a considerou, presumindo-se ter sido induzida em erro.¹³⁵

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

134. DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. Salvador: Edições JusPodivm, 2004, p. 36-38.

135. Nesse sentido: acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 683.756/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 13.09.2005, DJ de 03.10.2005, p. 276; acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 530.697/RS, rel. Min. José Delgado, j. 09.12.2003, DJ de 15.03.2004, p. 171.

8.4. Natureza jurídica do juízo de admissibilidade

Tendo em vista a premissa aqui estabelecida, segundo a qual o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento (neste caso, o recursal), adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se positivo, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se negativo, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado.¹³⁶

Mais difícil, porém, é a resposta a uma segunda questão: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos retroativos ou *ex nunc*?

Tendo em vista que os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a decretação da sua invalidade, o juízo de inadmissibilidade, que decorre da constatação de que o procedimento recursal está defeituoso, tem eficácia *ex nunc*, respeitando os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento já praticados. Nada impede, porém, que se prevejam hipóteses em que haja retroatividade do juízo de inadmissibilidade, destruindo os efeitos já operados – desde que se faça isso expressamente, para evitar surpresas aos litigantes. Nem por isso deixará de ser constitutiva a decisão: não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do CC-2002).

Não é esse, contudo, o pensamento que predomina na doutrina brasileira.

Predomina o entendimento de que o juízo de inadmissibilidade é declaratório negativo, com eficácia retroativa. O mais notável e notório estudo é o de José Carlos Barbosa Moreira, cujas lições, sintetizadas, servem à guisa de demonstração dessa posição divergente.

a) Somente os recursos admissíveis produzem efeitos;¹³⁷ b) O juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, tem natureza declaratória: “ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou inexistência de tais requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento, que não a

136. Referindo-se ao juízo de admissibilidade dos recursos, Pontes de Miranda: “O ato do juiz que lhes nega seguimento é constitutivo negativo, a despeito da forte dose de declaração. O ato do juiz que manda que subam é declarativo-mandamental”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 7, p. 8).

137. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 256.

gera, mas simplesmente a reconhece”;¹³⁸ c) Exatamente por conta disso, o juízo de admissibilidade negativo tem efeitos retroativos à data em que se verificar a causa da inadmissibilidade.¹³⁹

Não se adota esse posicionamento, como visto. Eis os argumentos.

a) Os atos processuais, mesmo os defeituosos, produzem efeitos até o seu desfazimento – mesmo que esse desfazimento se dê por força de invalidação judicial. Se a inadmissibilidade é uma sanção de invalidação, o procedimento só se torna inadmissível, mesmo o recursal, após a decisão judicial que decreta a nulificação. Sendo assim, o procedimento, enquanto não invalidado, produz efeitos, notadamente aqueles relacionados à litispendência: mantém litigiosa a coisa, impede o trânsito em julgado e a propositura da mesma demanda etc.

b) Em todo juízo constitutivo negativo, notadamente naquele relacionado às invalidades, há o reconhecimento de uma situação de fato anterior, tomada como a premissa fática da decisão que autoriza a criação de uma nova situação jurídica: sanção de ineficácia do ato jurídico defeituoso. Por exemplo, na ação rescisória, verifica-se a existência de uma das hipóteses do art. 485 do CPC para, então, desconstituir a coisa julgada. Não é, portanto, característica exclusiva dos juízos declaratórios o reconhecimento de fatos anteriores à decisão.

c) Quanto à retroatividade do juízo de inadmissibilidade à data em que se verificou a causa de inadmissibilidade, não se apresentam maiores problemas de ordem dogmática. Consoante foi apontado, nada impede que o legislador

138. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 264. No mesmo sentido, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266-267; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. cit., p. 52, embora não lhe atribua eficácia *ex tunc* em todas as hipóteses.

139. “O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precipuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, o de trancar-lhe essa via. Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, de interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursal. Passado em julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera recurso inadmissível, se este já o era *ab initio*, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição. que não impediu a formação da *res iudicata*; se o recurso era admissível, e só deixou de o ser por fato superveniente, a interposição obsteu à produção da coisa julgada, mas o obstáculo desapareceu no momento em que se configurou a inadmissibilidade posterior. (...) *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente outro óbice (isto é, outro recurso *ainda admissível*, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia*, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 265).

autorize a retroação da eficácia da decisão que invalida o ato jurídico ao momento exatamente anterior ao da prática do ato. Foi essa a opção do legislador civil, pois a invalidação por nulidade ou anulabilidade determina essa eficácia retroativa.

Há problemas, contudo, examinada a questão do ponto de vista prático – e de olhos fixos no direito fundamental à segurança jurídica.

Adotada a concepção majoritária, se o tribunal, por exemplo, após três anos da interposição da apelação, “declarar” a sua inadmissibilidade, o recurso não terá produzido qualquer efeito, a sentença já estará imune pela coisa julgada e o prazo da ação rescisória, que é de dois anos, já teria escoado. Enquanto pendente o recurso, não se poderia ingressar com a ação rescisória, pois ainda não havia coisa julgada; não admitido o recurso, também não poderá fazê-lo, agora pela razão de que a coisa julgada já teria ocorrido. Perder-se-ia, pela decadência (não-exercício em certo prazo), o direito de rescindir a sentença, sem que tivesse sido possível o exercício desse mesmo direito: não se exercitou o direito porque não era possível, mas, a despeito disso, o direito deixou de existir por conta do não-exercício.

A jurisprudência vacila em torno do assunto. Afirma-se que o trânsito em julgado não pode ocorrer enquanto pendente julgamento do recurso, mesmo que, futuramente, este venha a não ser admitido. Ressalva-se, no entanto, a situação do recurso manifestamente intempestivo ou incabível, quando o futuro juízo de inadmissibilidade teria, de fato, eficácia retroativa, reconhecendo o órgão judicial o trânsito em julgado desde a data seguinte ao *dies ad quem* do prazo para a interposição do recurso.¹⁴⁰⁻¹⁴¹

Também assim, o enunciado n. 100 – súmula do Tribunal Superior do Trabalho: “I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (...) III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial”.

140. A síntese do problema encontra-se em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 102-103, nota 17. Nesse sentido, por exemplo, STJ, REsp n. 389.216-PR, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 12.3.2002.

141. Adota esse posicionamento “intermediário”, acrescentando hipótese de juízo de inadmissibilidade com eficácia *ex tunc* a do recurso sem preparo, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54. Bernardo Pimentel Souza afirma, em outra linha, que o juízo de admissibilidade negativo tem efeito *ex nunc*, sem distinguir as causas de inadmissibilidade (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29), embora reconheça que pre-valece a posição intermediária (ob. cit., p. 768-769).

Esse posicionamento, embora razoável, também gera insegurança, pois feito sem qualquer respaldo legal: retroage-se a eficácia do juízo de inadmissibilidade em uma hipótese e não nas demais.

O que justifica este tratamento diferente? Talvez seja a circunstância de a intempestividade poder ser constatada mais objetivamente, sem maiores discussões doutrinárias. Sucede que isso não convence: a) quer porque há discussões sérias quanto à tempestividade, como já visto; b) quer porque outros requisitos de admissibilidade também podem ser examinados mais objetivamente, como é o caso da regularidade formal e do preparo. A questão, pois, não deve ser solucionada casuisticamente.

Se o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade; se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de inadmissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia *ex nunc*, ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia *ex tunc*, que a princípio não se reputa conveniente, tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade, no caso do procedimento recursal)¹⁴².

Exatamente para proteger a boa-fé objetiva processual, a 3ª T. do STJ, no AgRg no Ag 1.218.222/MA, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 22.06.2010, publicado no DJe de 01.07.2010, decidiu que: “II. Não demonstrada a má-fé do recorrente, que visa reabrir prazo recursal já vencido, o início do prazo decadencial se dará após o julgamento do recurso tido por intempestivo. Precedentes”.

8.5. Juízo de mérito

8.5.1. Conceito de mérito do recurso

O mérito do recurso é a pretensão recursal, que pode ser a de invalidação, reforma, integração ou esclarecimento (esses últimos exclusivos dos embargos de declaração). Compõe-se o mérito do recurso da causa de pedir recursal e da respectiva pretensão.

Enquanto o mérito do recurso é, em regra, sujeito a uma única apreciação (órgão *ad quem*), sua admissibilidade submete-se, em geral, a um duplo controle (juízos *a quo* e *ad quem*). Há casos, porém que o recurso permite ao juízo *a quo*

¹⁴². No julgamento do EREsp n. 441.252-CE, rel. Min. Gilson Dipp, j. 29.06.2005, informativo n. 253 do STJ, decidiu-se, por maioria, que o termo inicial para a contagem do prazo decadencial de ação rescisória é do trânsito em julgado da última decisão posta nos autos no último recurso, ainda que por ele somente se discuta a tempestividade do recurso anterior.

rever a decisão recorrida, como é o caso dos embargos de declaração, julgados pelo próprio órgão *a quo*.

O mérito do recurso pode não coincidir com o mérito da causa. É possível que uma questão seja de *admissibilidade* da causa e, ao mesmo tempo, seja uma questão de *mérito* do recurso. Jamais uma mesma questão pode ser de *admissibilidade* e de *mérito* em relação a um mesmo procedimento. Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. A “legitimidade *ad causam*” é uma condição da ação – questão de admissibilidade da causa –, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes.

“Lê-se com certa frequência, em minutas de julgamento e em acórdãos concernentes a recursos, que o órgão julgador, ‘preliminarmente’, rejeitou a arguição de ilegitimidade *ad causam*, ou a de prescrição, e assim por diante. Tal modo de falar deve ser evitado como equívoco: há confusão entre preliminar do recurso e preliminar da causa. A questão da ilegitimidade ou a da prescrição pode constituir o próprio objeto da impugnação do recorrente, de modo que, depois de decidi-la, o órgão julgador já nada mais teria que apreciar. O recurso, insista-se, terá sido julgado no mérito”.¹⁴³

8.5.2. *A causa de pedir recursal: o error in procedendo e o error in iudicando*

Como qualquer demanda, o recurso tem a sua causa de pedir. A causa de pedir recursal compõe-se do fato jurídico apto a autorizar a reforma, a invalidação, a integração e o esclarecimento da decisão recorrida. Os fatos aptos a gerar integração (omissão) e esclarecimento (obscuridade) serão examinados no capítulo destinado aos embargos de declaração. Neste momento, cumpre concentrar-se nos fatos jurídicos capazes de gerar a reforma (*error in iudicando*) e a invalidação (*error in procedendo*) da decisão.

Chama-se de *error in iudicando* o equívoco de juízo. Denuncia-se, por meio da impugnação, “uma má-apreciação da questão de direito ou da questão de fato, ou de ambas, pedindo-se, em consequência, a *reforma* da decisão”.¹⁴⁴ Trata-se de um “erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais: erro pelo qual o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles”.¹⁴⁵ É um dado que investiga no conteúdo da decisão: o juiz decidiu

143. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 680.

144. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 267.

145. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, apud NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos – princípios fundamentais*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 220.

mal, apreciou mal aquilo que lhe foi submetido para ser decidido. Trata-se de fato jurídico que enseja a reforma da decisão recorrida.

“O objeto do juízo de mérito, no recurso, identifica-se (ao menos qualitativamente) com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior de jurisdição”.¹⁴⁶ Não se pode confundir *error in iudicando* com erro na apreciação do mérito da causa. O vício de juízo também pode ocorrer na aplicação do direito processual. Eis um exemplo de “*error in iudicando*” em matéria processual, a ensejar reforma e não invalidação:

“O mesmo ocorre quando o tribunal *ad quem* constata a ocorrência de litispendência, não obstante o juiz de primeiro grau ter rejeitado a preliminar. Sob o ponto de vista formal, a decisão interlocutória está perfeita, pelo que é válida. No entanto, o defeito reside no conteúdo do julgado. Essa é a razão que explica a necessidade da reforma da decisão. Realmente, ao julgar o agravo de instrumento, o tribunal *ad quem* dá provimento ao recurso para reformar a decisão e extinguir o processo. Não há cassação na hipótese, já que o vício está no fundo, e não na forma”.¹⁴⁷

Chama-se de *error in procedendo* o vício de atividade, que revela um defeito da decisão, apto a invalidá-la. Denuncia-se o vício de atividade, pleiteando-se a *invalidação* da decisão. “O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato”¹⁴⁸. O *error in procedendo* não pode ser diferenciado em relação ao *error in iudicando* pela distinção entre direito processual e direito material. O objeto do juízo de mérito do recurso é o julgamento mesmo, proferido no grau inferior: não se trata de discutir o que foi decidido (o conteúdo da decisão), como ocorre no recurso por *error in iudicando*; no recurso por *error in procedendo*, discute-se a perfeição formal da decisão como ato jurídico: discute-se, enfim, a sua validade (pouco importa o acerto ou equívoco da decisão).

Em resumo, os vícios de atividade, igualmente denominados de *errores in procedendo*, ocorrem quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte.¹⁴⁹ Assim, por exemplo, o juiz designa perícia, e não determina a intimação das partes para indicar assistentes técnicos e formular quesitos, ou diante da juntada de um documento fundamental ao julgamento,

146. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 267.

147. SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 2001, p. 38. José Carlos Barbosa Moreira também relaciona o conhecimento de agravo de instrumento interposto contra decisão sobre questão processual com o *error in iudicando*. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5, p. 267.

148. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos – princípios fundamentais*, ob. cit. p. 218.

149. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 212.

não ordena a intimação da parte contrária para sobre ele manifestar-se, ou, ainda, pronuncia-se a respeito de uma questão alcançada pela preclusão, ou, finalmente, não fundamenta sua decisão. São todos casos de vício de atividade ou *error in procedendo*; erros que dizem respeito à condução do procedimento, à forma dos atos processuais, não concernindo ao conteúdo do ato em si. Por sua vez, os vícios de juízo, também chamados de *errores in iudicando*, relacionam-se com a substância ou com o conteúdo da decisão.¹⁵⁰ Neste caso, o juiz cometeu uma injustiça ou julgou equivocadamente, não aplicou a norma correta ao caso (seja ela processual ou material), interpretou de maneira desconforme com as regras de hermenêutica ou não valorou corretamente a prova; enfim, quando ocorre *error in iudicando* significa que o juiz errou no julgamento. Trata-se de um erro de fundo.

8.5.3. Cumulação de pedidos no recurso

O *error in procedendo* e o *error in iudicando* podem ser alegados, simultaneamente, no recurso. O vício de atividade deve vir alegado inicialmente, sendo seguido da demonstração do vício de juízo. É que, enquanto a alegação do primeiro, uma vez acolhida pelo tribunal, gera a *anulação* da decisão, o acolhimento da alegação do *error in iudicando* ocasiona sua *reforma*. Daí haver, logicamente, essa ordem de alegações. Primeiro, alega-se o erro de forma para, em seguida, ser demonstrado o vício de fundo.

Enfim, há possibilidade de cumulação dos mencionados “vícios” como “causas de pedir” recursais.

Se a decisão judicial contiver mais de um capítulo (decisão objetivamente complexa: uma decisão formalmente única, mas substancialmente complexa, por conter mais de uma decisão), nada impede que, no recurso, se alegue *error in procedendo* em relação a um capítulo (por exemplo: não houve motivação ou a decisão foi *extra petita*) e *error in iudicando* em relação a outro. Aplica-se aqui, amplamente, o regramento da cumulação própria de pedidos, já visto no capítulo sobre petição inicial, no volume 1 deste curso.

Nada impede, também, que, em um mesmo recurso, impugne-se mais de uma decisão, desde que se respeitem os requisitos de admissibilidade como o cabimento e a tempestividade. Um exemplo pode ser útil: imagine-se a hipótese de um magistrado proferir duas decisões com intervalo inferior a dez dias entre

150. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 214.

uma e outra. É plenamente aceitável que a parte prejudicada, sendo a mesma em ambas as decisões, valha-se de um mesmo recurso (no caso, agravo de instrumento) contra ambas as decisões, hipótese em que se vislumbra uma cumulação de demandas recursais.¹⁵¹

A solução é diversa se o recurso impugnar apenas um capítulo da decisão. Neste caso, somente será possível a cumulação de demandas recursais se o recorrente valer-se da técnica da cumulação imprópria eventual ou subsidiária (art. 289 do CPC), pois não se pode imaginar que o tribunal, ao mesmo tempo, anule e reforme um mesmo capítulo de decisão recorrida. Não é possível o cúmulo próprio de pedidos recursais de invalidação e reforma, se dirigidos contra um mesmo capítulo da decisão.

Normalmente, diz-se que, uma vez feita a cumulação eventual no recurso, se deve respeitar a seguinte ordem: em primeiro lugar, o pedido de invalidação e, se não acolhido esse, o de reforma. “As supostas razões de invalidade devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* em primeiro lugar, abstraindo-se totalmente da possível injustiça da decisão. O tribunal somente passará ao exame das alegações concernentes a *errores in iudicando* se (e depois que) houver rejeitado as alegações concernentes a *errores in procedendo*”.¹⁵²

Ricardo Barros Leonel abordou o problema:

“Deste modo, tornando propnamente à cumulação de pedidos no recurso de apelação, pode-se asseverar seguramente que o cúmulo recursal ora tratado manifesta-se exclusivamente de forma eventual e subsidiária: ou o órgão *ad quem* acolhe o pedido ‘processual’ e decreta a nulidade, ou mesmo a extinção do feito, ou então, no caso de não acolhimento desta solução, julga novamente o mérito da demanda, que coincide neste particular ainda que parcialmente com o mérito recursal. Lícito afirmar portanto que no recurso de apelação o *judicium rescissorium* será sempre subsidiário em relação ao *judicium rescindens*, vale dizer, o pedido de reforma será sempre secundário ou sucessivo no cotejo com o pedido de reconhecimento e decretação de nulidade ou sentença terminativa (sem julgamento de mérito), quando formulados conjuntamente no apelo. Primordial será assim a *querella militatis* em relação à *revisio prioris instantiae*, dada a natureza substitutiva da decisão de mérito proferida em sede recursal”.¹⁵³

Há outra situação, porém, que é curiosa.

151. Assim, REsp.n. 1.112.599/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 28.8.2012, publicado no DJe de 5.9.2012.

152. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 417-418.

153. LEONEL, Ricardo de Barros. “Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.) São Paulo: RT, 2002, p. 389.

Como se sabe, para que caiba um recurso extraordinário (*lato sensu*) é necessário o prequestionamento: o exame pelo acórdão recorrido da questão jurídica que se quer levar à apreciação do STJ ou do STF. Se o tribunal recorrido não se houver manifestado sobre a questão, deve o recorrente, previamente, interpor embargos de declaração, com o objetivo de sanar a omissão, ensejando o prequestionamento.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, não obstante tenha a parte interposto embargos de declaração, se persistir a omissão, ainda assim não será cabível o recurso especial (enunciado 211 da súmula da sua jurisprudência predominante). Se acaso a omissão não seja suprida, não haverá prequestionamento, devendo o recorrente ou embargar novamente, sujeitando-se, eventualmente, à multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, ou interpor recurso especial por violação ao art. 535 do CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem¹⁵⁴.

A interposição sucessiva de dois embargos de declaração pode levar à aplicação de uma multa de até 10% do valor da causa, cujo depósito integral é re-quisito de admissibilidade para a interposição de qualquer outro recurso contra aquela decisão. Os tribunais não têm sido piedosos na aplicação dessa punição, mesmo que se mantenham recalcitrantes na omissão impugnada e a despeito de os embargos declaratórios com o intuito de prequestionamento não serem considerados protelatórios (enunciado 98 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).

Sabe-se, ainda, que muita vez há o prequestionamento, mas esse é implícito (ver capítulo sobre os recursos em espécie, precisamente o item dedicado aos recursos extraordinários), o que gera dúvida quanto à sua existência e quanto à sua admissibilidade.

É bastante razoável, assim, que, uma vez opostos embargos declaratórios prequestionadores – e havendo dúvida quanto ao suprimento da omissão pelo tribunal recorrido –, o recorrente interponha em seguida imediatamente recurso especial, pleiteando a reforma da decisão ou, para o caso de o STJ entender não ter havido prequestionamento, a sua invalidade, seja por negativa de prestação jurisdicional, seja por violação ao disposto no art. 535 do CPC. Evita-se com isso uma punição com a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC, além de ser mecanismo que auxilia sobremaneira a economia processual. Se não puder

154. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, p. 156; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento*, p. 254-255.

proceder deste modo, para evitar um futuro juízo de inadmissibilidade do seu recurso especial, o recorrente teria de ingressar com o recurso especial somente por *error in procedendo*, com o intuito de anular o acórdão recorrido, para que outro seja proferido, agora com o preenchimento da omissão; e, só então, é que poderá manejar o recurso especial com o pedido de reforma.

Vivenciamos uma situação concreta, que ilustra bem a possibilidade de o recorrente preferir a reforma em vez da invalidação da decisão. Após dez anos de tramitação, com ampla atividade probatória produzida, o magistrado extinguiu o feito sem exame de mérito, sob o fundamento de falta de interesse de agir. A motivação era pífia, o que poderia dar ensejo ao pedido de invalidação; sucede que, uma vez invalidada a decisão, os autos retornariam ao magistrado *a quo*, para proferir nova decisão, o que possivelmente levaria mais algum tempo. O autor-recorrente pediu, então, a reforma da decisão, afirmando que a escolha do magistrado foi equivocada, e a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, de modo a que o tribunal pudesse decidir o mérito da causa, que não fora decidido. Subsidiariamente, apenas para o caso de o pedido de reforma não ser acolhido, pleiteou a invalidação da decisão por ausência de fundamentação. O tribunal acolheu o pedido de reforma e decidiu o mérito pela procedência, resultado que se mostrou muito mais proveitoso para o autor-recorrente.

8.5.4. *Julgamento rescindente e julgamento substitutivo. O efeito substitutivo dos recursos*

Julgamento rescindente é o que, acolhendo a alegação de *error in procedendo*, invalida a decisão recorrida, determinando que se profira novo julgamento no juízo *a quo*. Há hipóteses, entretanto, que, acolhida alegação de *error in procedendo*, não é necessária a devolução dos autos à primeira instância, pois a sanção da invalidade pode dar-se no mesmo juízo *ad quem*. É o que ocorre na apelação contra sentença *extra* ou *ultra petita*: nessas hipóteses, basta o tribunal desconsiderar o excedente, “apagando-o”, que se retifica a decisão recorrida, validando-a sem a necessidade de o juízo *a quo* proferir nova sentença. É aplicação da regra do aproveitamento dos atos processuais: não se deve anular todo o ato se apenas uma parte da decisão está nula e essa parte pode ser consertada sem prejuízo das demais (art. 248, *fine*, do CPC). Esse entendimento restou, aliás, melhor explicitado pelo legislador, ao inserir um § 4º ao art. 515 do CPC, prevendo expressamente essa possibilidade de aproveitamento dos atos processuais no âmbito recursal.

Julgamento substitutivo é o que, acolhendo ou não *error in iudicando*, ou não acolhendo *error in procedendo*, opera a substituição da decisão recorrida pela decisão que julgou o recurso, exatamente porque não podem “subsistir duas decisões

com o mesmo objeto”.¹⁵⁵ Só se pode falar de julgamento substitutivo se o recurso for conhecido.¹⁵⁶ É o que afirma o art. 512 do CPC: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida”. Eventual ação rescisória deve dirigir-se contra a última decisão (a que substituiu por último).

“Sendo o recurso julgado *no mérito*, a decisão recorrida *jamaiz* chega a transitar em julgado; nem mesmo quando o órgão *ad quem* nega provimento ao recurso, ‘confirmando’ (como vulgarmente se diz) aquela decisão. O que poderá transitar em julgado é, sempre, o pronunciamento do órgão *ad quem*”.¹⁵⁷

9. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*. VEDAÇÃO AO “BENEFÍCIO COMUM” DO RECURSO

Se um único dos litigantes parcialmente vencidos impugnar a decisão, a parte deste que lhe foi favorável transitará normalmente em julgado, não sendo lícito ao órgão *ad quem* exercer sobre ela atividade cognitiva, muito menos retirar, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da *reformatio in pejus*).

Ocorre a *reformatio in pejus* quando o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso. Não se permite a *reformatio in pejus* em nosso sistema. Trata-se de princípio recursal não expressamente previsto no ordenamento, mas aceito pela quase generalidade dos doutrinadores.

Barbosa Moreira sistematiza os argumentos favoráveis à existência deste princípio no sistema recursal brasileiro: a) se o interesse recursal é pressuposto de admissibilidade recursal, seria verdadeira contradição imaginar que para o recorrente possa advir qualquer utilidade de pronunciamento que lhe é desfavorável; b) se nem mesmo por provocação do apelante poderia o tribunal

155. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 268.

156. Flávio Cheim Jorge entende que o efeito substitutivo constitui mera decorrência do efeito devolutivo, este, sim, o único efeito produzido por qualquer recurso; os demais efeitos consistiriam em simples consequências naturais do efeito devolutivo (*Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 11.3, p. 251-252). Rodrigo Reis Mazzei afirma, em linha próxima, que o efeito substitutivo e o efeito expansivo são consequências do efeito devolutivo, pois somente é possível cogitar daqueles após a admissão do recurso, a partir de quando se afere se haverá devolutividade. No efeito expansivo há ainda a dependência do eventual resultado do julgamento do *mérito do recurso* (“Efeito devolutivo e seus desdobramentos”. *Dos Recursos*. Vol. I. Vitória: ICE, 2001, v. 1, p. 140-149).

157. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 269.

reformular a decisão para pior, menos ainda se concebe que pudesse fazê-lo sem tal provocação.¹⁵⁸

A proibição da *reformatio in pejus* não afasta de modo algum a possibilidade de o tribunal revisar aquilo que *ex vi legis* se sujeita ao duplo grau de jurisdição, com por exemplo as questões de ordem pública que, se acolhida em detrimento do interesse do recorrente, poderão, de certo modo, levar a uma reforma para pior. Nelson Nery Jr. ensina, no entanto, que não se pode falar propriamente de *reformatio in pejus* nestas situações, pois essa noção está vinculada ao efeito devolutivo e ao princípio dispositivo, enquanto a transferência das questões de ordem pública está relacionada com o efeito translativo e o princípio inquisitivo.¹⁵⁹

De acordo com o enunciado 45 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, é vedado ao tribunal agravar a situação da Fazenda Pública em julgamento de reexame necessário. Nelson Nery Jr. discorda desse posicionamento, admitindo a possibilidade de *reformatio in pejus*, “pois o reexame necessário não foi criado para proteger descomedidamente os entes públicos, mas para fazer com que a sentença que lhes fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada por órgão de jurisdição hierarquicamente superior”.¹⁶⁰

O benefício comum (*communio rimedii; beneficium commune*) da apelação era uma característica desse recurso na tradição do direito luso-brasileiro. A apelação interposta por uma das partes servia à outra, o que permitia ao “tribunal reformar a sentença como bem quisesse, ainda que contra aquele que, sozinho, o interpusera”.¹⁶¹ Na verdade, o instituto do benefício comum da apelação favorecia a *reformatio in pejus*, entendendo-se essa como o agravamento, pelo julgamento do recurso, da situação do recorrente.¹⁶²

O art. 824 do CPC-39 dava margens a essa interpretação, embora não fosse expresso como as Ordenações Filipinas (Liv. III, tit. 72, pr.). No entanto, como

158. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 434-435.

159. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 5 ed. p. 417-418.

160. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 5 ed. p. 419.

161. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, 5 ed. p. 158. Fundava-se o benefício comum naquilo que Carnelutti chamava de princípio da realidade, segundo o qual o órgão *ad quem* poderia fazer um reexame completo da causa, atendendo-se, assim, o interesse supremo da justiça (*Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000, p. 781; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Recurso adesivo*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 2-3).

162. Sobre a relação entre o benefício comum da apelação e a *reformatio in pejus*, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Reformatio in pejus*”. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 147-170.

bem afirmava Odilon de Andrade, que já apontava a impossibilidade de *reformatio in pejus*, mesmo com a redação do CPC-39:

“Alguns outros, porém, acompanhando a doutrina mais moderna, que proscree a possibilidade da *reformatio in pejus*, proibiam expressamente que no provimento à apelação se piorasse a situação do apelante em proveito da outra parte que não tivesse igualmente apelado... Mesmo, porém, naqueles Estados em que a legislação o permitia, raríssimos terão sido os casos de *reformatio in pejus*, pois nenhum encontramos nos repositórios de jurisprudência que pudemos compulsar.

O novo Código nenhuma disposição contém que permita o provimento ao apelado, coisa que a doutrina moderna repudia e a que os nossos tribunais foram sempre avessos. O princípio da devolução plena é temperada por outro princípio – o do *tantum devolutum quantum appellatum*”.¹⁶³

O art. 515 do CPC/73 veda o benefício comum – e a existência do recurso adesivo previsto no art. 500 do CPC corrobora essa conclusão. De fato, a utilidade da discussão sobre a existência ou não de benefício comum na apelação só existe em casos de sucumbência recíproca, quando apenas uma das partes recorre. O recurso adesivo, então, é o remédio recursal apto a permitir que o órgão *ad quem* possa examinar a parte da decisão que diz respeito ao apelado.

10. EFEITOS DOS RECURSOS ¹⁶⁴

10.1. Impedimento ao trânsito em julgado

A interposição do recurso *impede* o trânsito em julgado da decisão. O recurso prolonga a litispendência, agora em nova instância.

É importante lembrar, porém, que, de acordo com a concepção de Barbosa Moreira, já examinada, apenas os recursos admissíveis produzem efeitos e, portanto, apenas o recurso que for conhecido poderia impedir o trânsito em julgado; recurso não-conhecido não impede o trânsito em julgado, de acordo com esse entendimento. Foi visto que há muita discussão sobre o tema, de forma que a jurisprudência, ora entende que todo recurso produz efeitos, ora entende que o intempestivo ou manifestamente incabível não impede o trânsito em julgado (ver o item sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade); para Barbosa Moreira, o recurso inadmissível, pouco importa qual seja a causa da inadmissibilidade, não produz qualquer efeito.

163. ODILON DE ANDRADE, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. 9, p. 172.

164. O chamado efeito substitutivo será examinado no item relativo ao julgamento do mérito do recurso.

É importante atentar para essa polêmica, pois a data do trânsito em julgado variará conforme se adote esse ou aquele posicionamento. Quando o recurso for conhecido, não há discussão: a data do trânsito em julgado é a data do trânsito em julgado da última decisão. Quando o recurso não for conhecido, há três soluções: a) o trânsito em julgado retroage à data da interposição do recurso ou à data em que se verificou o fato que impediu o seu julgamento de mérito; b) o trânsito em julgado retroage à data da expiração do prazo recursal (recurso intempestivo) ou à data da interposição do recurso incabível; nos demais casos de inadmissibilidade, a data do trânsito em julgado é a data do trânsito em julgado da última decisão; c) a data do trânsito é a data do trânsito em julgado da última decisão, sempre. A terceira corrente, não obstante os problemas que podem surgir, parece a concepção que está mais de acordo com o princípio da segurança jurídica, conforme exposto no item sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade. Em decisão recente, o STJ aderiu a esse posicionamento (Corte Especial, EREsp n. 441.252-CE, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 29.6.2005).

10.2. Efeito suspensivo

A interposição do recurso prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão; os efeitos dessa decisão – sejam eles executivos, declaratórios ou constitutivos – não se produzem.

O efeito suspensivo é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se quer impugnar. É interessante notar, como prelecionam Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio M. Gomes Filho, que, antes mesmo da interposição do recurso e pela simples possibilidade de sua interposição, a decisão ainda é ineficaz. De modo que, para os autores, não é o recurso que tem efeito suspensivo, tendo antes o condão de prolongar a condição de ineficácia da decisão.¹⁶⁵ Barbosa Moreira assim se manifestou, demonstrando a equivocidade do termo: “Aliás, a expressão ‘efeito suspensivo’ é, de certo modo, equivocada, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso”.¹⁶⁶

165. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

166. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. cit., p. 257.

Há quem prefira a expressão *efeito obstativo*, no lugar de *efeito suspensivo*. É que a expressão *efeito suspensivo* seria mais adequada para designar a situação em que se suspende algo que já estava fluindo. Quando há efeito suspensivo, não se suspende o que já vinha produzindo efeitos; o ato judicial já é emitido, em verdade, sem produzir efeitos.¹⁶⁷

O efeito suspensivo não decorre, pois, da interposição do recurso: resulta da mera recorribilidade do ato.¹⁶⁸ Significa que, havendo recurso previsto em lei, dotado de efeito suspensivo, para aquele tipo de ato judicial, esse, quando proferido, já é lançado aos autos com sua executividade adiada ou suspensa, perdurando essa suspensão até, pelo menos, o escoamento do prazo para interposição do recurso. Havendo recurso, a suspensividade é confirmada, estendendo-se até seu julgamento pelo tribunal. Não sendo interposto o recurso, opera-se o trânsito em julgado, passando-se, então, o ato judicial a produzir efeitos e a conter executividade.

No direito brasileiro, ainda vige a regra de que os recursos, ordinariamente, são dotados de efeito suspensivo. Assim, se o recurso não possuir este efeito, deverá constar expressamente do texto legal (art. 497 do CPC).

10.3. Efeito devolutivo: extensão e profundidade (efeito translativo)

A interposição do recurso transfere ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Podem variar, de recurso para recurso, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo. O estudo da profundidade do efeito devolutivo é examinado por alguns autores como se se tratasse de efeito diverso: denominam o fenômeno de efeito translativo.

O *efeito devolutivo* é comum a todos os recursos. É da essência do recurso provocar o reexame da decisão – e isso que caracteriza a devolução.

No entanto, há quem, como Barbosa Moreira, entenda que não há efeito devolutivo quando o julgamento do recurso “caiba ao mesmo órgão que proferiu a

167. “A expressão *efeito suspensivo* não reflete com precisão a realidade, já que há suspensão apenas quando algo já estava fluindo; rigorosamente, nesses casos, o recurso obsta a produção de efeitos do ato decisório, havendo em verdade um *efeito obstativo* que impede a atuação imediata da decisão. Se a executividade é uma característica da decisão sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo, a suspensividade é também um atributo da própria decisão impugnada que não projeta imediatamente seus efeitos; é preciso aguardar, no mínimo, até o fim do prazo para a interposição do recurso adequado e, no máximo, até não haver mais a possibilidade de interposição de meio de impugnação dotado de efeito suspensivo.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 219).

168. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 375.

decisão recorrida”.¹⁶⁹ Tal entendimento deita raízes históricas na própria origem do efeito devolutivo. De fato, antes de existir a tripartição dos poderes, o imperador ou governante concentrava o exercício de todos eles. Como não lhe era possível, materialmente, exercê-los a um só tempo, muitos desses poderes eram delegados. O poder de julgar era delegado a pretores ou juízes da época. Proferida alguma decisão que prejudicasse a parte, esta apresentava um recurso ao imperador ou governante. Só que este não dispunha mais do poder de julgar, pois o havia delegado. Então, para que o imperador ou governante pudesse julgar o recurso, o poder de julgar, que havia sido delegado, era-lhe *devolvido*. Daí a expressão efeito *devolutivo*.¹⁷⁰ Por essa razão, passou-se a entender que o efeito devolutivo somente estaria presente nos recursos encaminhados a órgão *hierarquicamente superior*; de sorte que os embargos declaratórios, por exemplo, não conteriam o efeito devolutivo. Deve-se considerar, atualmente, que o efeito devolutivo decorre da interposição de *qualquer* recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para *outro* ou para o *mesmo* órgão julgador¹⁷¹.

A lei, excepcionalmente, poderá atribuir ao próprio órgão “*a quo*” o reexame da matéria impugnada; nestes casos, o efeito devolutivo ou inexistente para alguns doutrinadores (embargos de declaração), ou fica condicionado a que não se reforme a decisão antes do julgamento do recurso (agravo). Fora destas hipóteses, ao órgão “*a quo*” é vedado praticar qualquer ato que importe modificação do julgamento, ressalvada a possibilidade de correção de erros materiais (art. 463, I).

A extensão do efeito devolutivo significa precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) *a quo*. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (CPC, art. 515). Sobre o tema, convém ressaltar, as normas que cuidam da apelação funcionam como regra geral (CPC, arts. 515 a 517). A *extensão* do efeito devolutivo determina o *objeto litigioso*, a *questão principal* do procedimento recursal. Trata-se de sua dimensão horizontal.

169. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10 ed. cit., p. 260. Assim, também, DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos recursos”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Nelson Nery Jr. e Teresa Atuda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

170. Realmente, o efeito devolutivo provém da época em que a possibilidade de julgar derivava do poder do Imperador, que o delegava aos juízes e, portanto, ao recorrer ao Imperador, se procedia a uma “devolução” deste poder. É por isso que se diz que o efeito devolutivo existe quando o órgão competente para apreciar a decisão impugnada for superior ao que a prolatou (VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 55).

171. Nesse sentido: PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Recursos de apelação: amplitude do efeito devolutivo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 30-32.

A profundidade do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* para decidir o *objeto litigioso* do recurso. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar. Para decidir, o juiz *a quo* deveria resolver questões atinentes quer ao fundamento do pedido, quer ao da defesa. A decisão poderá apreciar todas elas, ou se omitir quanto a algumas delas. Em que medida competirá ao tribunal a respectiva apreciação? Trata-se da dimensão *vertical* do efeito devolutivo.

O § 1º do art. 515 diz que serão objeto da apreciação do tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. Assim, se o magistrado extingue o processo pela prescrição, o tribunal poderá, negando-a, apreciar as demais questões de mérito, sobre as quais o juiz não chegou a pronunciar-se. Ora, para julgar, o órgão *a quo* não está obrigado a resolver todas as questões atinentes aos fundamentos do pedido e da defesa. Na decisão poderá apreciar todas elas, ou se omitir quanto a algumas delas: “basta que decida aquelas suficientes à fundamentação da conclusão a que chega no dispositivo da sentença”.¹⁷² E a questão é: o órgão *ad quem* poderá (re)apreciar todas essas questões, examinadas ou não pelo juízo *a quo*? Pode.

Conforme resulta dos parágrafos do art. 515, é amplíssima, em profundidade, a devolução das questões. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na decisão recorrida: abrange também as que nela poderiam tê-lo sido. Nisso se compreendem: a) questões examináveis de ofício; b) questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas¹⁷³ abrangendo, aqui, segundo Bernardo Pimentel Souza,¹⁷⁴ as questões acessórias (ex. juros legais), incidentais (ex. litigância de má-fé), questões de mérito e outros fundamentos do pedido e da defesa.¹⁷⁵

Segue um exemplo. Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido, se o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro, ou repelindo-o, a apelação do réu, que pleiteia a declaração da improcedência, basta para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos; caso, a seu ver, o pedido mereça acolhida justamente pelo segundo fundamento, e não pelo primeiro, o tribunal deve negar provimento ao recurso, “confirmando” a sentença

172. FERREIRA FILHO, Manoel Cactano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 121.

173. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 446-447.

174. Ob. cit., p. 319 segs.

175. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 447-448. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 123.

na respectiva conclusão, mediante correção dos motivos. Se o juiz julgou improcedente o pedido, examinando só o fundamento “a”, e omitindo-se quanto ao fundamento “b”, a apelação do autor permite ao tribunal julgar procedente o pedido, sendo o caso, quer pelo fundamento “a”, quer pelo fundamento “b”¹⁷⁶. Entende-se, porém, conforme ressaltado no capítulo sobre os embargos de declaração, que o magistrado somente pode indeferir o pedido se examinar todos os fundamentos; para acolhê-lo isso não é preciso, mas para rejeitá-lo, sim.

E arremata Barbosa Moreira (onde se lê, na lição do doutrinador, “apelação”, entenda-se “qualquer recurso”):

“Em nenhuma dessas hipóteses precisa a parte vencedora interpor, por sua vez, apelação, quer independente, quer adesiva, para insistir no fundamento do pedido ou da defesa que tenha sido rejeitado. Ou a cujo respeito haja silenciado a sentença. A apelação, aliás, seria inadmissível, por falta de interesse. Tampouco é necessário que a parte insista expressamente no fundamento desprezado ao arrazoar o recurso do adversário: a devolução se produz de qualquer maneira, *ex vi legis*”.¹⁷⁷

Nelson Nery Jr. denomina de efeito translativo aquilo que Barbosa Moreira identifica como profundidade do efeito devolutivo e acrescenta: sempre que o tribunal puder apreciar uma questão fora dos limites impostos pelo recurso, estar-se-á diante de uma manifestação deste efeito (razão pela qual ele inclui a remessa das questões de ordem pública à apreciação do *ad quem*, manifestando-se ou não o recorrente sobre elas, como exemplo do efeito translativo).

Rodrigo Mazzei entende não ser possível dissociar o efeito translativo do efeito devolutivo. Para o autor capixaba: “o efeito devolutivo remete ao reexame, automaticamente, além da matéria recorrida, todas as questões que o Judiciário tem o dever de ofício de examinar, espelhando a prevalência do princípio inquisitório sobre o princípio dispositivo no julgamento do recurso”. Afirma, ainda, que não se poderia falar em autonomia do efeito translativo, pois esse efeito depende da prévia devolução de alguma matéria recorrida para que possa ocorrer (“Efeito devolutivo e seus desdobramentos”. *Dos Recursos*. Vitória: ICE, 2001, v. I, p. 135-140).

O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode decidir; o efeito translativo, o material com o qual o *ad quem* trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao *objeto litigioso* do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao *objeto de conhecimento* do recurso, às questões

176. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 447.

177. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 447-448.

que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.¹⁷⁸

É preciso, porém, fazer uma advertência: *o efeito devolutivo limita o efeito translativo, que é o seu aspecto vertical: o tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado – e somente àquilo.*¹⁷⁹ *O recorrente estabelece a extensão do recurso, mas não pode estabelecer a sua profundidade.*¹⁸⁰

Excelente o julgado do Min. Cezar Peluso, STF: “O Tribunal julgou procedente pedido de ação cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TSE e restabelecer sentença que cassara diploma de Prefeito por captação ilícita de sufrágio e que absolvera o Vice-Prefeito, requerente desta ação, da imputação de abuso de poder econômico. Na espécie, da sentença referida, apenas o Prefeito recorrera. Não obstante, o TRE reformara a decisão de 1º grau para cassar também o mandato do Vice-Prefeito, o que ensejara a interposição de recurso especial, sob a alegação de ofensa à coisa julgada, o qual fora improvido pelo TSE, por maioria, ao fundamento de que seria lícita a correção da questão atinente à matéria de ordem pública, qual seja, a subordinação jurídica do Vice-Prefeito ao que decidido em relação ao Prefeito, tendo em conta o efeito translativo do recurso ordinário. Preliminarmente, indeferiu-se, por ausência de interesse jurídico, o pedido de intervenção de terceiro, que alegava ter sido candidato da eleição anulada em que fora derrotada a chapa que encabeçara. No mérito, entendeu-se que a pronúncia do órgão recursal sobre a parcela não impugnada do capítulo decisório de sentença, ao transpor os limites do efeito devolutivo do recurso (CPC, art. 515, § 1º), ofendeu a coisa julgada. Asseverou-se que o efeito translativo é apenas um dos subtipos do efeito devolutivo e que, salvo o caso de vício processual absoluto, que leve à anulação ou extinção do processo, sempre devolvido à cognição do Tribunal por conta daquele efeito, só serão conhecidas pelo Tribunal aquelas questões cuja solução serviu ou devia servir de fundamento

178. É importante, nesse momento, voltar ao v. 1 deste curso e ler o capítulo sobre a teoria da cognição judicial, que estabelece as noções da teoria do processo fundamentais para a solução dos problemas relacionados ao efeito devolutivo dos recursos.

179. Assim, BERNARDO PIMENTEL DE SOUZA ao dizer que: “Fixada a extensão do recurso à luz da matéria impugnada pelo apelante, é importante saber quais questões – ligadas à matéria impugnada – podem ser apreciadas pelo tribunal *ad quem*. Realmente, demarcada a extensão da apelação sob o enfoque horizontal, resta estudar a profundidade, que deve ocorrer sob o prisma vertical, a fim de que sejam encontradas as questões que devem ser analisadas pela corte de apelação, sempre nos limites da extensão do recurso conhecido” (*Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 318, grifos acrescentados.).

180. “Mas, dentro desses limites, a profundidade do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo o que for relevante para a nova decisão, por isso que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo à extensão do conhecimento), complete-se pelo acréscimo *vel appellare debebat* (relativo à profundidade). Assim, nos limites da matéria impugnada, ou cognoscível de ofício, e desde que não modifique o *pedido* e a *causa de pedir* (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*, cit., p. 52.).

dos capítulos decisórios impugnados pelo recurso, ou seja, o órgão recursal terá plena liberdade para análise das questões de fato e de direito debatidas na causa, inclusive as de ordem pública, desde que se restrinja aos limites da parcela impugnada do conteúdo decisório da sentença. Afastou-se, por fim, a possibilidade de o efeito do recurso do Prefeito alcançar o Vice-Prefeito, seu litisconsorte, com base no art. 509 do CPC, visto que a regra de extensão subjetiva do efeito devolutivo dos recursos só incide nos casos de litisconsórcio unitário. AC 112/RN, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.12.2004”. (Informativo n. 372 do STF).

10.4. Efeito regressivo ou efeito de retratação

Trata-se do efeito que autoriza o órgão jurisdicional *a quo* a rever a decisão recorrida, como ocorre, por exemplo, no agravo de instrumento e no agravo retido, na apelação contra sentença que indefere a petição inicial (CPC, arts. 285-A e 296) e na apelação em causas propostas segundo os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990, art. 198, VII). Alguns utilizam a denominação “efeito diferido”. Não deixa de ser uma dimensão do *efeito devolutivo*, aqui tratado separadamente apenas para fins didáticos.

A expressão “efeito diferido” é, porém, polissêmica.

Há quem considere que o *efeito diferido* do recurso ocorre “quando o conhecimento do recurso depende de recurso a ser interposto contra outra decisão”, como no caso do agravo retido (sobre o agravo retido, ver capítulo sobre o recurso de agravo). Pelo efeito diferido, a eficácia do recurso interposto fica diferida no tempo. “A existência do efeito diferido se deve à presença de condição momentânea que impede o exame pronto do recurso”.¹⁸¹ Neste sentido, só se pode falar de efeito devolutivo diferido na apelação adesiva, que depende do conhecimento da apelação principal.

No entanto, há quem considere *efeito diferido* e *efeito regressivo*, ambas variantes do efeito devolutivo, como sinônimos, como é o caso de Vicente Greco Filho, Ada Grinover, Magalhães Filho e Scarance Fernandes.¹⁸² Nesta acepção, é possível falar em *efeito devolutivo diferido*, ou *efeito regressivo*, ou *efeito de retratação*, que pode ocorrer na apelação, na hipótese de recurso contra a sentença que indefere a petição inicial (CPC, art. 296). De fato, a devolução do exame da sentença, nessas hipóteses, somente ocorrerá após o juízo de retratação negativo do magistrado, demonstrando o caráter diferido do efeito devolutivo.

181. GUEDES, Jefferson Carús e ROCHA, Eliana Pires da. “Efeito devolutivo regressivo ou ‘repositivo’ e juízo de retratação nos recursos cíveis”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery. (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 306.

182. *Recursos no processo penal*, cit., p. 57.

10.5. Efeito expansivo subjetivo (extensão subjetiva dos efeitos)

Em regra, a interposição do recurso produz efeitos apenas para o recorrente (*princípio da personalidade do recurso*).

O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses (art. 509, CPC). A regra só se aplica ao litisconsórcio unitário, pois nos outros casos a comunicação de efeitos do recurso aos colitigantes omissos não se impõe, pela desnecessidade da uniformidade da disciplina. Convém lembrar, porém, que, por opção legislativa, o recurso interposto por um devedor solidário estende os seus efeitos aos demais, mesmo não sendo unitário o litisconsórcio¹⁸³ – pois a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibilidade ou não do bem jurídico envolvido (CC-2002, arts. 257 a 263). Como se vê, o que se chama de efeito expansivo subjetivo não é uma consequência natural do julgamento de um recurso, mas uma regra própria do litisconsórcio unitário, aplicável no âmbito recursal.

Os embargos de declaração interpostos por uma das partes interrompem o prazo para a interposição de outro recurso para ambas as partes, e não apenas para aquela que embargou (art. 538, *caput*, CPC). É, também aqui, um caso de expansão subjetiva do efeito do recurso.

Há um precedente interessante do STJ sobre a aplicação do art. 509. Trata-se de caso em que o STJ admitiu a expansão subjetiva da eficácia de recurso a litisconsorte simples (não-unitário, pois). O caso era de litisconsórcio simples por afinidade – era um litisconsórcio que decorria da homogeneidade das situações jurídicas – várias sociedades de advogados que discutiam com o município do Rio de Janeiro uma questão tributária. O fundamento do STJ foi o princípio da igualdade – a solução teria de ser a mesma para todos, mesmo que uma das partes não houvesse recorrido. A decisão pareceu bem casuística, sem fundamentação suficiente para superar entendimento tão consolidado sobre a interpretação do art. 509 do CPC – consolidação essa, aliás, referida na fundamentação do acórdão. A não interposição de recurso por um litisconsorte simples é ato que pode decorrer de uma específica estratégia da parte. Estender a ela a decisão de um recurso interposto por outra parte, com quem se relaciona apenas por afinidade, não parece, realmente, solução autorizada pelo nosso ordenamento que, no particular, se submete ao princípio dispositivo¹⁸⁴.

11. O RECURSO ADESIVO

a) *Recurso adesivo* é o recurso contraposto ao da parte adversa, por aquela que se dispunha a não impugnar a decisão, e só veio a impugná-la porque o fizera

183. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 382-383.

184. STJ, 2ª T., REsp n. 292.596/RJ, rel. Min. Franciulli Neto, j. em 25.11.2003, publicado no DJ de 10.05.2007, p. 362.

o outro litigante. *Recurso independente* é aquele interposto autonomamente por qualquer das partes, sem qualquer relação com o comportamento do adversário.¹⁸⁵

Somente é possível cogitar de interposição adesiva em caso de sucumbência recíproca: ambos os litigantes são em parte vencedores e vencidos (art. 500, *caput*, CPC). Nesses casos, publicada a decisão, embora ambos pudessem ter recorrido de forma independente, um deles espera o comportamento do outro, para só então recorrer.

Por isso não se admite recurso adesivo do réu, contra sentença que julgou totalmente improcedente pedido do autor, pela absoluta falta de interesse – nem mesmo para melhorar a fundamentação do julgado. A apelação do autor devolverá ao tribunal todos os fundamentos que o réu levantara no processo (art. 515, §§ 1º e 2º), sem que ele precise, para tanto, recorrer adesivamente.¹⁸⁶

Também por isso não se admite recurso adesivo pelo particular em reexame necessário, pois ele não espera o comportamento da Fazenda Pública, na expectativa de inércia, a fim de obter logo o trânsito em julgado. Em razão do reexame necessário, os autos seguirão, forçosamente, para o tribunal, não havendo possibilidade de um imediato trânsito em julgado. Em demandas propostas contra o Poder Público, somente caberá recurso adesivo pelo particular, se não houver reexame necessário (nos casos em que a lei o dispensa); diversamente, o Poder Público pode aderir ao eventual recurso da outra parte, já que, nesse ponto, não haverá reexame necessário.

b) O *recurso adesivo* não é espécie de recurso. Trata-se de forma de *interposição* de recurso. O recurso pode ser interposto de forma *independente* e de forma *adesiva*. O recurso adesivo é exatamente o mesmo recurso que poderia ter sido interposto autonomamente, diferenciando-se apenas pela técnica de interposição¹⁸⁷ – ressalvada a circunstância especialíssima, *analisada em item abaixo*, do recurso extraordinário/especial adesivo a recurso especial/extraordinário, ou seja, do *recurso extraordinário (lato sensu) adesivo cruzado*.

Nem todos os recursos podem ser interpostos adesivamente. A lei permite a interposição adesiva da apelação, dos embargos infringentes, do recurso especial e

185. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 310.

186. OLIVEIRA, Pedro Miranda. “Recurso excepcional cruzado”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2005, p. 618.

187. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 316.

do recurso extraordinário (art. 500, II, CPC). Também se admite recurso ordinário constitucional na forma adesiva, quando fizer as vezes de recurso de apelação (art. 539, II, “b”, CPC), apenas no caso de ações propostas por Município ou pessoa residente no Brasil em lide de Estado estrangeiro ou de organismo internacional (CF/88, art. 109, II). Embora não se concorde com a tese¹⁸⁸ – que parte da falsa premissa de que o recurso adesivo é instituto que atenta contra a celeridade processual –, cumpre advertir que não se admite recurso inominado (Juizados Especiais) adesivo¹⁸⁹ – cabe, porém, o recurso extraordinário adesivo no âmbito dos Juizados Especiais.

c) O recurso adesivo deve obedecer a todos os requisitos de admissibilidade exigidos para os respectivos recursos, inclusive o preparo (art. 500, parágrafo único, CPC). Se o recurso for objetivamente dispensado do preparo (apelação em causas do ECA, p. ex.), a apelação adesiva também o será¹⁹⁰.

Se o recurso exigir preparo, mas o recorrente principal, por circunstâncias pessoais (for beneficiário da justiça gratuita, p. ex.), estiver liberado de fazê-lo, o recorrente adesivo não terá, por isso, esse benefício¹⁹¹. Note que, neste

188. Neste sentido, “...os objetivos do recurso adesivo coadunam-se muito harmoniosamente com os da criação do processo especialíssimo dos juizados, onde o zelo pela terminação rápida do serviço jurisdicional se situa entre as preocupações centrais. Faz parte do espírito conciliatório que aqui se alvitra essa atitude do litigante que, atendido em parte quanto à pretensão sustentada em juízo, prefere não recorrer e só recorrerá se o fizer o adversário. Por isso, também no processo dos juizados especiais é admissível o recurso adesivo, embora não se tenha aqui o recurso de apelação mas o inominado, uma vez que os objetivos práticos deste coincidem com os daquela” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 183.).

189. “Também não se admite recurso adesivo, que é incompatível com o princípio da celeridade”. (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, cit., nota 3ª ao art. 41 da Lei Federal n. 9.099/95.) Neste sentido, SODRÉ, Eduardo. “O sistema recursal dos Juizados Especiais Cíveis”. *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 528; 1º Encontro Regional de Turmas Recursais – Foz do Iguaçu, março/1998: “Conclusão 2. O recurso adesivo é incompatível com a celeridade, princípio informativo dos Juizados Especiais”. 8ª conclusão editada pela Corregedoria Geral de Juizados Especiais Cíveis da Bahia: “Não cabe recurso adesivo porque não há previsão legal para tal”.

190. “PROCESSUAL – RECURSO ADESIVO – PREPARO – ISENÇÃO DO APELO PRINCIPAL. Se o apelo principal não está condicionado a preparo, o recurso adesivo também não o estará. (CPC, art. 500, III)” (STJ, 1ª T., REsp 182.159/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.06.1999, publicado no DJ de 01.07.1999, p. 127). “Processual Civil. Recurso Adesivo. Preparo. CPC, Art. 500, Parágrafo Único. 1. Se não há exigência de preparo para o recurso principal, tampouco haverá para o adesivo. 2. Recurso provido.” (STJ, 1ª T., REsp n. 123.153/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 02.02.1999, publicado no DJ de 29.03.1999, p. 78).

191. “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. RECURSO ESPECIAL PRINCIPAL AMPARADO PELA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. BENEFÍCIO QUE NÃO SE ESTENDE AO APELO ADESIVO. PRECEDENTE. I. A assistência judiciária de que goza a parte que interpõe o recurso principal não se estende à parte contrária, que dela não frui, pelo que imprescindível o recolhimento do preparo do adesivo, sob pena de deserção. II. Recurso especial não conhecido.” (STJ-4ª T., REsp 912.336/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 2.12.2010, v.u., DJe de 15/12/2010).

caso, as exigências para o recurso independente e para o recurso adesivo são as mesmas, mas o recorrente principal, por características personalíssimas, está dispensado do preparo.

O mesmo ocorre em relação ao prazo: se o recorrente principal tem benefício do prazo, em razão de suas circunstâncias pessoais (estiver sob o patrocínio da Defensoria Pública), não o terá, necessariamente, também, o recorrente adesivo.

O recurso adesivo se submete aos mesmos requisitos de admissibilidade do recurso principal. Assim, se o recurso principal depende do prequestionamento, o adesivo também dependerá. Somente se permite a interposição de recurso adesivo, se a parte poderia interpor recurso principal, ou seja, apenas se pode aderir a recurso que se poderia interpor. Vale dizer que, impetrado mandado de segurança originário em tribunal de justiça, vindo a ser concedida uma parte da segurança e denegada a outra, não cabe, a despeito da sucumbência recíproca, recurso adesivo. É que ao impetrante se franqueia a interposição de recurso ordinário, enquanto o impetrado deve interpor recurso especial e/ou extraordinário. Enfim, cada uma das partes dispõe de um recurso diferente, não podendo uma aderir ao recurso da outra. De igual modo, julgada parcialmente procedente, por maioria de votos, a ação rescisória, o réu deve interpor embargos infringentes, não cabendo esse recurso ao autor. Logo, não cabe, nesse caso, recurso adesivo aos embargos infringentes, pois somente uma das partes pode interpor o recurso. Na ação rescisória, somente cabem, atualmente, embargos infringentes adesivos, se houver reconvenção, vindo a ação e a reconvenção a ser acolhidas por maioria de votos. Nesse caso, tanto autor e réu podem interpor embargos infringentes, cabendo, bem por isso, recurso adesivo: se apenas um deles recorrer autonomamente, o outro pode recorrer adesivamente.

O prazo para a interposição do recurso adesivo é o prazo de que dispõe a parte para apresentar contrarrazões ao recurso principal (o recurso independente que fora interposto pela outra parte), conforme o inciso I do art. 500 do CPC. A parte não precisa apresentar contrarrazões e recorrer; pode tomar ambas as atitudes, nenhuma ou apenas uma delas. Convém que a parte elabore peças distintas para cada uma dessas atitudes; mas, desde que se contenham todos os elementos indispensáveis à interposição do recurso, nada impede que se apresente única peça, com as contrarrazões e o recurso.¹⁹²

Embora os entes públicos e o Ministério Público não tenham prazo em dobro para apresentar contrarrazões, entende-se que possuem, todavia, a dobra do prazo para interpor recurso na forma adesiva.¹⁹³

192. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 325.

193. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 323. STJ, 2ª T., EDcl no REsp n. 171543/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.06.2000, publicado no DJ de 14.08.2000, p. 159.

Impõe-se perflhar o entendimento segundo o qual a Fazenda Pública e o Ministério Público não dispõem de prazo em dobro para a interposição do recurso adesivo. Tais entes têm a prerrogativa de interpor recursos no prazo em dobro, mas tal prerrogativa não deve incidir quando se tratar de recurso adesivo. Com efeito, “o recurso adesivo deve ser interposto no prazo para a *resposta* do recurso principal. Já se viu que a Fazenda Pública *não* dispõe de prazo em dobro para *responder* ou oferecer *contrarrazões* a recurso. Ora, se o recurso adesivo deve ser interposto no prazo para apresentação de *contrarrazões* ao recurso da parte, e se a Fazenda Pública não dispõe de prazo em dobro para tanto, é curial que, ao interpor recurso adesivo, a Fazenda Pública *não* desfrutará do prazo diferenciado previsto no art. 188 do CPC”.¹⁹⁴ O STF e o STJ entendem, contudo, que a Fazenda Pública e o Ministério Público dispõem de prazo em dobro para a interposição de recurso adesivo.¹⁹⁵

Costuma-se dizer que somente a *parte* pode interpor *recurso adesivo* e somente é possível aderir a recurso de *parte*. Trata-se de interpretação literal do *caput* do art. 500 do CPC. Assim, não seria possível *recurso adesivo* de terceiro¹⁹⁶ ou Ministério Público nem seria possível aderir a recurso de terceiro/Ministério Público¹⁹⁷. Convém, no entanto, fazer algumas observações.

Se o Ministério Público é parte, é nessa qualidade que deve ser considerado. Assim, neste caso, é possível falar de recurso adesivo de Ministério Público (*parte*) e recurso adesivo a recurso de Ministério Público (*parte*).

Pondera, também, José Afonso da Silva:

“Teoricamente, haveria possibilidade de o terceiro prejudicado interpor recurso adesivo. Suponha-se um caso de sucumbência recíproca. Um terceiro prejudicado ingressa com recurso no prazo legal assumindo a posição de autor que não recorre. Outro terceiro, que não teria tido interesse em apresentar recurso independente porque estaria disposto a sofrer o gravame tal como decorreu da sentença, sente-se agora, com sua posição jurídica ameaçada pela interposição do recurso principal

194. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2007, n. 3.6.3, p. 59.

195. Conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública*.... cit., pp. 59-60, que cita vários precedentes nesse sentido.

196. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 319, especialmente nota 68; SOUZA, Ernani Vieira de. “O recurso adesivo, o Ministério Público e o terceiro prejudicado”. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: AJURIS, 1977, n. 09, p. 118; SILVA, José Afonso da. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977, p. 174; JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: Teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: RT, 1999, p. 266; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v. 3, p. 75.

197. José Afonso da Silva admite a adesão a recurso de terceiro/Ministério Público, com argumentos no mínimo ponderáveis: “Realmente, o sucumbente ficará sempre na expectativa da utilização do recurso de um terceiro prejudicado ou do Ministério Público especialmente nos processos em que este funcione como fiscal da lei, e, então, temeroso desse recurso, acabaria ingressando com o seu independentemente, ainda quando estivesse desinteressado de recorrer, por satisfazer-lhe a sentença” (*Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, cit., p. 176. Também assim, JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, cit., p. 266-267).

do terceiro, daí surgiria seu interesse em recorrer adesivamente. Talvez fosse conveniente ter-lhe dado essa oportunidade”.¹⁹⁸

É possível, ainda, o recurso adesivo do terceiro que poderia ter sido assistente litisconsorcial, mas não foi, tendo em vista que se trata de terceiro que, de regra, fica submetido à coisa julgada material. A lide também (e às vezes somente) lhe diz respeito e é possível imaginar que, inicialmente, tenha o terceiro concordado com a decisão, mas, com a interposição do recurso pela parte contrária, se veja na contingência de ter de recorrer para melhorar a sua situação.

d) O exame do *recurso adesivo* fica condicionado ao juízo de admissibilidade positivo do recurso principal (art. 500, III, CPC). O mérito do *recurso adesivo* somente pode ser analisado se o recurso principal for conhecido. Isso porque quem se valeu do recurso adesivo inicialmente havia aceitado a decisão, que lhe satisfazia, e somente foi recorrida porque a outra parte recorreu (por isso, repita-se mais uma vez, não cabe recurso adesivo a reexame necessário). Se o recurso dessa outra parte não for conhecido, não haveria interesse recursal do aderente que justificasse o exame do seu recurso. É por isso que alguns autores preferem denominar o recurso adesivo de *recurso subordinado*, tendo em vista que o seu conhecimento fica subordinado ao conhecimento do recurso principal (*independente*).

Merece destaque uma situação interessante decorrente dessa subordinação do recurso adesivo frente ao principal.

Imagine-se que seja interposto um recurso, vindo a parte contrária a interpor um recurso adesivo. Imagine-se, ainda, que o recurso principal não seja admitido. Por causa disso, o juízo *a quo* inadmite o adesivo (afirmando simplesmente que não admite este por não ter sido admitido o principal). Que deve fazer o sujeito que interpôs o recurso adesivo? Deve agravar? O que ele alegará no agravo?

Rigorosamente, não há, nessa situação, uma inadmissibilidade do recurso adesivo. Não se disse que ele era intempestivo, ou deserto etc.; o que houve foi simplesmente o seguinte: não admitido o principal, restou automaticamente inadmitido o adesivo. Não houve qualquer *error in iudicando* ou qualquer *error in procedendo* que possa ser demonstrado nas razões do agravo. Na verdade, a decisão está correta, mas se o recurso principal vier a ser admitido (com, por exemplo, o provimento de eventual agravo interposto), então deverá ser exercido o “verdadeiro” juízo de admissibilidade no recurso adesivo.

Nesse caso, o recorrente adesivo não deve agravar; o provimento do agravo para que se admita o recurso principal faz “renascer” o recurso adesivo, por efeito anexo. Provido o agravo para admitir o recurso principal, a admissibilidade do recurso adesivo haverá de ser exercida pelo órgão *ad quem*.

198. SILVA, José Afonso da. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977, p. 174-175.

Enfim, em hipótese como essa, o recorrente adesivo não deve interpor agravo. O provimento de eventual agravo interposto pelo recorrente principal faz com que o recurso adesivo seja apreciado pelo órgão *ad quem*, que poderá inadmiti-lo por qualquer motivo, mas não porque o recurso principal fora, num momento anterior, inadmitido.

Essa circunstância não impede que o recurso adesivo tenha por objeto outro capítulo distinto daquele impugnado pelo recurso principal¹⁹⁹. Aliás, é comum que o recurso independente e o recurso adesivo, porque interpostos por partes distintas, tenham por objeto capítulos distintos da decisão.

Nesse sentido, embora o recurso principal trate de alguma questão principal, é cabível recurso adesivo com a finalidade de majorar o valor dos honorários de advogado. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Ainda que vencedora a parte na totalidade dos pedidos, é viável o manejo do recurso adesivo com a finalidade de majorar a verba honorária. Em outras palavras, caso se entenda que os honorários foram fixados aquém do mínimo legal, configurar-se-á a sucumbência recíproca, abrindo-se a via para a interposição não só do recurso principal, como também do recurso adesivo.”²⁰⁰

Por conta disso, a desistência do recurso principal impede que seja examinado o recurso adesivo. Também não se admite recurso adesivo, se o recurso da outra parte não tiver sido conhecido, e “esta se haja absterido de impugnar o indeferimento, ou o haja impugnado sem êxito”.²⁰¹

e) São, portanto, pressupostos para o manejo do recurso adesivo: decisão em que houve sucumbência recíproca, o recurso de uma parte e o silêncio da outra, que é exatamente aquela que pretende interpor o recurso adesivo.

Não cabe recurso adesivo a remessa necessária, porque neste caso não houve recurso interposto. É preciso que o Poder Público recorra, para que a outra parte possa aderir ao seu recurso.²⁰²

São requisitos para que o recurso adesivo seja conhecido: o conhecimento do recurso principal e os demais requisitos de admissibilidade exigidos para a generalidade dos recursos.

A partir destas premissas, é possível resolver três situações duvidosas.

1) Publica-se decisão em que houve sucumbência recíproca. Ambas as partes recorrem de forma independente. Uma das partes recorrentes desiste do seu recurso.

199. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., v. 5, p. 318.

200. STJ, 1ª T., REsp n. 936.690/RS, rel. Min. José Delgado, j. 18.12.2007, DJ de 27.02.2008, p. 172.

201. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 318.

202. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 318.

Após ser intimada a manifestar-se sobre o recurso da outra, a parte, arrependida do que fez, interpõe novo recurso, na forma adesiva. É admissível este recurso? Não, pois, conforme dito, é pressuposto do recurso adesivo que a parte não tenha recorrido, e ela o fez. Ademais, como se viu, a desistência do recurso impede que a parte desistente recorra de novo, ainda que dentro do mesmo prazo. Houve preclusão consumativa.²⁰³

2) Publica-se decisão em que houve sucumbência recíproca. Ambas as partes recorrem de forma independente. Sucede que o recurso de uma das partes é *parcial* (não abrange tudo o quanto poderia ter abrangido). Após ser intimada a manifestar-se sobre o recurso da outra, a parte, arrependida do que fez, interpõe novo recurso, na forma adesiva, para impugnar a parcela da decisão que não fora impugnada no *recurso independente*. É admissível este recurso? Não, pois, conforme dito, é pressuposto do recurso adesivo que a parte não tenha recorrido, e ela o fez. Parcial ou total, não importa, houve recurso. O recurso adesivo não serve para a complementação de recurso já interposto. Houve preclusão consumativa.

3) Publica-se decisão em que houve sucumbência recíproca. Ambas as partes recorrem de forma independente. Sucede que o recurso de uma das partes é *intempestivo*. Após ser intimada a manifestar-se sobre o recurso da outra, a parte, percebendo o problema do recurso interposto, interpõe novo recurso, na forma adesiva, agora *tempestivamente*. É admissível este recurso? Não, pois, conforme dito, é pressuposto do recurso adesivo que a parte não tenha recorrido, e ela o fez. Bem ou mal formulado, não importa, houve recurso. Houve preclusão consumativa. O recurso adesivo não serve para salvar recurso interposto de forma equivocada. Se a parte perder o prazo para o recurso principal, é melhor que não recorra e aguarde o prazo para a interposição do recurso na forma adesiva.

f) Barbosa Moreira examina curiosa situação do recurso adesivo interposto pela Fazenda Pública. Decisão proferida contra o Poder Público submete-se ao reexame necessário (art. 475 do CPC), que impõe a remessa dos autos ao tribunal, com ou sem recurso da Fazenda. Sucede que a Fazenda Pública pode recorrer adesivamente, se acaso não tenha recorrido de forma independente, em tais situações.

g) Admite-se o chamado *recurso adesivo condicionado*.

Imagine a seguinte situação (mero exemplo).

203. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59. Em sentido contrário, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. cit., p. 335.

A parte fundamenta o seu pedido em questão constitucional e questão federal. O tribunal acolhe o pedido, mas rejeita o fundamento constitucional (ou federal). A parte vencida poderá interpor recurso especial (para discutir a questão federal, que foi acolhida). Nessa situação, a parte vencedora não tem interesse na interposição do recurso extraordinário para o STF (para discutir a questão constitucional, que foi rejeitada), na medida em que, vitoriosa na questão principal, não pode recorrer para discutir simples fundamento. Sucede que há um problema para a parte vencedora: sem poder recorrer extraordinariamente, ela pode sofrer um grave prejuízo se o recurso especial da outra parte for provido: é que, em tal circunstância, não poderá rediscutir a questão constitucional, que ficara preclusa.

Para evitar esse risco, a doutrina considera possível a interposição de *recurso extraordinário/especial adesivo cruzado*²⁰⁴ (porque é recurso extraordinário adesivo a recurso especial, ou vice-versa), sob condição de somente ser processado se o recurso *independente* for acolhido. Explica a situação, mais uma vez, Barbosa Moreira:

“Daí a conveniência, que surge para ele [recorrente adesivo], de *inverter-se* a ordem do julgamento, só se passando ao exame da matéria veiculada no recurso adesivo na hipótese de verificar-se que a outra parte *tem razão* no que tange à matéria do recurso principal; do contrário, simplesmente se negará provimento a este, ‘*confirmando-se*’ a decisão de improcedência do pedido, sem tocar no recurso adesivo. Com base nesse raciocínio é que em mais de um país, ainda que não sem resistência, se tem admitido um recurso adesivo condicionado, isto é, interposto *ad cautelam*, para ser julgado *unicamente* no caso de convencer-se o órgão *ad quem* da procedência do recurso principal”²⁰⁵

h) Ainda cabe uma palavra sobre a razão de ser do *recurso adesivo*.

Explica o tema Barbosa Moreira, em lição que merece ser resumida.²⁰⁶

Nos casos de sucumbência recíproca, uma das partes, embora não totalmente satisfeita, pode sentir-se inclinada a conformar-se com o julgamento.

204. OLIVEIRA, Pedro Miranda. “Recurso excepcional cruzado”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2005, p. 609 e segs; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Interesse recursal eventual e o recurso adesivo condicionado ao julgamento do recurso principal”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 32, p. 41-45. Não admitindo essa o recurso adesivo condicionado, ROSSI, Júlio César. “O recurso adesivo, os recursos excepcionais (especial e extraordinário) e o art. 500 do CPC”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 32, p. 69-75.

205. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 329 (o texto em itálico é do original; o texto entre colchetes é nosso). Do mesmo autor, “Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição”. *Direito aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

206. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 308-309.

Se, entretanto, não interpuser o recurso no prazo comum, sujeita-se a ver prosseguir o feito, apesar disso, em virtude da interposição pela parte contrária, talvez no último instante do prazo. Esse efeito surpresa acarretava-lhe dupla frustração: a) abstivera-se de recorrer por achar que o encerramento imediato do processo era compensação bastante para a renúncia à tentativa de alcançar integral satisfação, e, no entanto, a compensação lhe escapara; b) poderia não dispor de meio idôneo para retificar a posição primitiva. Na verdade, é possível imaginar que ambas as partes não quisessem recorrer, “sob condição de que a outra parte observasse comportamento idêntico”, mas recorrem, para evitar esta situação. Subsistiria sempre no espírito da parte o receio de que a outra parte viesse a recorrer no momento derradeiro. Sem o recurso adesivo, pois, havia o favorecimento ao prolongamento do processo, talvez desnecessário e nem sequer verdadeiramente querido pelas partes.

O recurso adesivo visa evitar, portanto, a interposição precipitada do recurso pelo parcialmente vencido, graças à certeza de que terá nova oportunidade de impugnar a decisão. Ambas as partes vêem-se incentivadas a abster-se de impugnar a decisão, pois, recorrendo imediatamente, poderiam provocar a reação de um adversário em princípio disposto a conservar-se inerte. É um contra-estímulo ao recurso.

CAPÍTULO II

APELAÇÃO

Sumário • 1. Conceito – 2. Situações excepcionais: 2.1. Embargos infringentes de alçada; 2.2. Causas internacionais; 2.3. Lei de Assistência Judiciária; 2.4. Sentença que julga a liquidação da sentença; 2.5. Sentença que decreta a falência; – 3. Regularidade formal – 4. Efeitos: 4.1. Efeito devolutivo; 4.2. Análise do mérito pelo tribunal, após afastar o motivo da extinção do processo (§ 3º do art. 515 do CPC); 4.3. Apelação na hipótese do art. 285-A do CPC; 4.4. Efeito suspensivo; 4.5. Meios para concessão de efeito suspensivo à apelação – 5. Questões anteriores à sentença ainda não decididas (CPC, art. 516) – 6. A inovação em sede de apelação – 7. Procedimento: 7.1. Procedimento em primeira instância. A súmula impeditiva de recurso; 7.2. Procedimento no tribunal; 7.3. Correção de defeitos processuais no procedimento da apelação.

1. CONCEITO

A apelação é o recurso por excelência, porquanto é por meio dela que se insurge contra a sentença, que é o ato judicial que aprecia ou rejeita o pedido e que concede ou nega a tutela jurisdicional postulada. A apelação, a teor do que estabelece o art. 513 do CPC, pode ser interposta contra toda e qualquer sentença, tenha ou não sido apreciado o mérito.

Constitui o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição, permitindo ampla atividade cognitiva pelo órgão *ad quem*. É recurso advindo da *apellatio* romana, sendo utilizado por quase todos os países do mundo civilizado.

A apelação, então, é o recurso cabível para se impugnar os atos do juiz que ponham termo ao procedimento, com ou sem julgamento do mérito; ou seja, serve para impugnar as sentenças de definitivas ou terminativas. Em qualquer procedimento, seja ele ordinário, sumário ou especial, seu encerramento opera-se por uma sentença, que é apelável. É irrelevante se o procedimento adotado se insere na jurisdição voluntária ou contenciosa. A extinção do processo se dá por sentença e esta é desafiada por apelação. O processo cautelar também se encerra por sentença, da qual cabe apelação. Conquanto não haja propriamente julgamento na execução, esta se encerra, de igual modo, por sentença (CPC, art. 795), da qual também cabe, em tese, apelação.

Com o advento da Lei Federal nº 11.232/2005, restou alterado o conceito de sentença para fixá-lo como o ato do juiz de acordo com o art. 267 ou 269. Na realidade, a modificação da definição legal de sentença serviu apenas para adaptar-se, tecnicamente, à nova sistemática do processo, cuja estrutura afasta a existência de um processo autônomo de execução, sendo certo que, a partir do seu início de vigência, o processo será um só, com duas fases: a de accertamento e a de

cumprimento. A sentença, em essência, é aquele ato do juiz que extinguiu o processo sem julgamento do mérito ou que resolveu todo o mérito, pondo termo à fase de acerto ou de cumprimento. E é contra esse ato judicial que cabe a apelação.

Convém apontar uma circunstância importante: tradicionalmente, o regramento da apelação servia como parâmetro de interpretação para a aplicação dos demais recursos. A despeito da existência de um capítulo geral, ainda são aplicáveis aos outros recursos alguns dispositivos previstos no capítulo da apelação, à míngua de previsão expressa, como são os casos dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 515 e a possibilidade de relevação da deserção prevista no art. 519, ambos do CPC. Assim, este capítulo cuidará apenas daquilo que for específico ao recurso de apelação.

2. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

Já foi dito que a apelação é o recurso cabível contra a sentença. Sucede que há situações excepcionais, que precisam ser destacadas.

2.1. Embargos infringentes de alçada

Das sentenças em execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. Esses *embargos infringentes* não são os *embargos infringentes* regulados pelo CPC nos arts. 530 e seguintes. Para que não haja confusão, devem ser chamados de *embargos infringentes de alçada*. Trata-se de recurso que será julgado pelo próprio juízo prolator da sentença e deve ser interposto no prazo de dez dias, sem necessidade do preparo¹.

Em relação ao valor, cumpre transcrever, inclusive com notas, o resultado da pesquisa que fez Bernardo Pimentel Souza:

“A propósito, a quantificação do teto de alçada é essencial para fixar o cabimento da apelação ou do recurso de embargos infringentes do artigo 34 da Lei n. 6.830, de 1980. Trata-se de *vexata quaestio*, já que é possível encontrar três diferentes opiniões quanto ao valor. Os Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul fixaram que as 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional equivalem a 283,43 Unidades Fiscais de Referência. É o que também estabelece o Provimento n. 8 da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, de 1995, especificamente no tópico 45.1 do segundo capítulo: ‘*Nas execuções fiscais será anotado na capa, para fins do art. 34 da Lei Federal n. 6.830/80, o valor em reais que, na data da distribuição, equivaler a 283,43 UFIR*’. Voltando os olhos para a doutrina, há lição no mesmo sentido. Porém, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal chegou a outro montante: as 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional são iguais

1. SOUZA, Bernardo Pimentel. “Embargos infringentes de alçada”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 28, p. 225.

a 50 Obrigações do Tesouro Nacional, que equivalem a 440,30 Bônus do Tesouro Nacional, os quais correspondem a 444,85 Unidades Fiscais de Referência. Com a conversão para a moeda corrente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal chegou ao total de R\$473,42. Por fim, quando julgou a *quaestio iuris*, o Superior Tribunal de Justiça fixou que as originais 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional equivalem a 311,59 Unidades Fiscais de Referência”.²

Em recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. n. 8/2008-STJ (repetitivo), o STJ determinou o valor que representa 50 obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Segundo o art. 34 da Lei n. 6.830/1980 (LEF), é cabível apelação das execuções fiscais nas hipóteses em que o valor exceda, na data da propositura da ação, 50 ORTNs (valor de alçada). Conforme o julgado no REsp 607.930-DF, DJ 17/5/2004, que enfrentou a questão, com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu o índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente a fim de evitar a perda do valor aquisitivo. Assim, 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27 a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia. Dessa forma, o valor de alçada deve ser auferido, observada a paridade com a ORTN, no momento da propositura da execução, levando em conta o valor da causa. Ademais, tal procedimento está em harmonia com a sistemática adotada pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Também se leva em conta a jurisprudência deste Superior Tribunal que assenta: extinta a UFIR pela MP n. 1.973/2000, convertida na Lei n. 10.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo IBGE (Res. n. 242/2001-CJF). Precedentes citados: AgRg no Ag 965.535-PR, DJe 6/11/2008; AgRg no Ag 952.119-PR, DJe 28/2/2008; AgRg 952.119-PR, DJe 28/2/2008; REsp 602.179-SC, DJ 27/3/2006, e REsp 761.319-RS, DJ 20/3/2006. REsp 1.168.625-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.6.2010.

Anote-se que o STJ não admitiu a aplicação do princípio da fungibilidade, no caso em que a parte interpôs apelação, sendo hipótese de embargos infringentes de alçada (1ª T., REsp n. 413.827/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 06.05.2004, publicado no DJ em 24.05.2004).

2.2. Causas internacionais

Nas causas envolvendo Estado estrangeiro ou organismo internacional contra município ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil, a sentença é impugnada

2. “Embargos infringentes de alçada”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 28, p. 222.

por recurso ordinário constitucional, que faz às vezes de apelação (Lei Federal n. 8.038/1990, art. 37). O recurso ordinário constitucional, aqui, deve obedecer a todos os requisitos de admissibilidade de apelação. É por isso que a Lei Federal n. 8.038/1990, que regulamenta os recursos para o STJ/STF, ao referir-se a essa hipótese de cabimento do recurso ordinário, prefere denominá-lo de apelação.

Há, porém, um aspecto peculiar desse recurso, que o diferencia do agravo ou da apelação. É o *quorum* para julgamento. O agravo e a apelação devem ser julgados com o voto de três juízes (art. 555, *caput*, CPC). O recurso ordinário é julgado por uma turma do STJ, que é composta por cinco ministros e todos votam. As decisões no STJ, salvo em *habeas corpus*, devem ser tomadas pela maioria absoluta dos membros da Turma (art. 41-A, Lei Federal n. 8.038/1990), o que implica dizer que, para ser vencedor no procedimento recursal, é preciso o voto favorável de três ministros (veja que na apelação e no agravo, bastariam os votos favoráveis de dois julgadores)³.

2.3. Lei de Assistência Judiciária

O art. 17 da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1.060/1950) está assim redigido: “Caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta lei; a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando a sentença conceder o pedido”.

A despeito da literalidade do texto, contra a decisão de primeiro grau de jurisdição que denega a concessão da justiça gratuita ou que julga improcedente a impugnação manejada pela parte adversária, cabe agravo de instrumento, por se tratar de típica decisão interlocutória. A expressa previsão do recurso de apelação contra qualquer decisão que aplica a Lei de Assistência Judiciária (art. 17) tem causado sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A interpretação literal do dispositivo levaria a situações absurdas. O texto é claro ao afirmar que contra as decisões que apliquem aquela lei caberá apelação;

3. “No primeiro deles (art. 41-A, LF 8038/90), para expressar que as decisões no STJ, salvo nos casos de *habeas corpus*, exigem maioria absoluta do respectivo órgão, norma que se fazia necessária para evitar julgamentos, por Turmas daquele Tribunal, pela maioria simples de dois votos a um (2X1). Como se sabe, o Supremo, em decisão por muitos tida por discutível, afirmou ser possível tal *quorum* (2X1) ao argumento de inexistir lei exigindo o mínimo de três votos no sentido majoritário, como dispunha a norma regimental do STJ. Certa ou não a citada decisão, o fato é que agora a lei veio dirimir a questão, merecendo aplausos, por não ser razoável que um julgamento em instância especial provenha de *quorum* limitado a apenas dois votos no sentido vencedor” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A Lei 9.756/98 e suas inovações”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 546). Assim, também, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 566.

não há qualquer restrição. Assim, a decisão que não concede o benefício, por exemplo, deveria ser apelável e não agravável, pois se trata de decisão que, inequivocamente, aplica a lei em questão. Os autos, por isso, haveriam de subir ao tribunal junto com o recurso interposto, pois é o que sucede nas hipóteses de apelação – a menos que se cogite de uma apelação por instrumento, modalidade recursal inexistente. Acontece, ainda, que, se assim fosse, o sistema recursal do CPC – simétrico: contra cada tipo de decisão, um recurso – seria inútil, pois, inequivocamente, se trata de decisão interlocutória, e não sentença. E mais: mesmo que se tratasse de decisão do pedido de revogação do benefício ou de decisão acerca da concessão ulterior do benefício – ambas proferidas, de acordo com o que determina a Lei de Assistência Judiciária, em incidentes de autos próprios, está-se diante de interlocutórias, e não sentenças, porquanto se trate de decisão de incidentes processuais. Estas decisões extinguem o incidente, jamais o processo, não havendo que se falar, assim, em sentença, nem, por conseguinte, em apelação.

A norma é absurda. As decisões judiciais que aplicam a Lei de Assistência Judiciária (negando o benefício – inicial ou posteriormente –, revogando a concessão ou negando a revogação) são interlocutórias e, portanto, agraváveis. Cândido Rangel Dinamarco reconhece caráter incidental ao pedido de assistência judiciária; reconhece a qualidade de interlocutória ao provimento que o decide; mas insiste em que, por força do citado art. 17 e de precedentes do STJ, o recurso cabível é a apelação.⁴ Diverso é o pensamento de Nery Jr. e Nery, que tentam contemporizar a questão.⁵

Para uma posição intermediária, ciente de todos os defeitos técnicos do dispositivo, confira-se Araken de Assis: “Na sua rigorosa literalidade, a regra é inatendível pelo mais contrito positivista: haverá atos que, julgando de plano o pedido, internamente ao processo, desafiam agravo, sob pena de embaraçar o andamento do processo. Contudo, autuado separadamente o pedido de concessão (art. 6º, segunda parte) ou a impugnação (arts. 4º, § 2º, e 7º, parágrafo único, c/c art. 6º, segunda parte), conquanto *incidente* do processo, a resolução do primeiro grau desafiará apelação. Impróprio que seja semelhante recurso, considerando a tipologia dos atos no estatuto em vigor (art. 162, §§ 1º e 2º), sua tramitação em autos apartados em nada prejudica o prosseguimento do processo⁶”. De todo modo,

4. *Instituições de direito processual civil*, volume II, ob. cit., p. 466, nota de rodapé 18.

5. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*, ob. cit., p. 1.841.

6. “Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 97.

é caso de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, em razão da dúvida objetiva quanto ao cabimento do recurso.⁷

2.4. Sentença que julga a liquidação da sentença

De acordo com o art 475-H do CPC, cabe agravo de instrumento da decisão que julga a liquidação de sentença. A circunstância de a lei impor o recurso de agravo de instrumento levou alguns doutrinadores a entenderem que a liquidação de sentença é julgada mediante decisão interlocutória⁸.

Não é, contudo, o tipo de recurso previsto em lei que qualifica a decisão proferida pelo juiz. Conquanto cabível agravo de instrumento, a liquidação é julgada por sentença⁹.

Realmente, nada obstante a liquidação não ensejar mais um processo autônomo, enquadrando-se como uma mera fase a mais do processo de conhecimento, é inquestionável que a liquidação somente se inicia por uma demanda, proposta

7. Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça aplicando a fungibilidade recursal. Nesse sentido: acórdão da 4ª Turma, REsp 44.796/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23/11/1999, DJ 21/02/2000, p. 125. No mesmo sentido: acórdão da 3ª Turma, REsp 256.281/AM, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22/5/2001, DJ 27/8/2001, p. 328. Os precedentes mais recentes manifestam, diversamente, a orientação de que cabe apelação, não sendo possível aplicar a fungibilidade recursal. Nesse sentido: acórdão da 4ª Turma, REsp 780.637/MG, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 8/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 317. No mesmo sentido: acórdão da 4ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1.103.542/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17/11/2011, DJe 29/11/2011.
8. ALVIM, J. E. Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 151; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, § 12, n. 53, p. 135; BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 61; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86-87; GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, mar/2006, v. 36, p. 73; LISBOA, Celso Anicet. *A reforma do Código de Processo Civil: comentários às Leis nº 11.187, de 19 de outubro de 2005 (Agravos), e 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Fases de cumprimento da sentença)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 24, p. 51; MARCATO, Antonio Carlos. Da liquidação de sentença. *A nova execução de títulos judiciais: comentários à Lei 11.232/05*. RENAULT, Sérgio. BOTTINI, Pierpaolo (coords.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, n. 2.14, p. 48; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 6.8, p. 189.
9. DIDIER JR., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85; FLA-CH, Daisson. *A nova execução*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, nn. 39-41, pp. 66-73; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 3.5.6, p. 173; WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil – 2ª série*. São Paulo: RT, 2006, p. 132; ALECRIM, Felipe Regueira. *Agravo de instrumento do artigo 475-H do CPC e a natureza da decisão de liquidação de sentença. Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 39-48.

pela parte vitoriosa. Sendo iniciada por uma demanda, a liquidação se encerra por sentença.

Proferida sentença ilíquida, encerra-se uma fase do processo de conhecimento. Muito embora a definição legal de sentença não contenha mais a referência à extinção do processo (CPC, art. 162, § 1º), é inegável que se revela ínsito ao seu conceito a noção de encerramento. É certo que, com a sentença, não se encerra o processo, mas se encerra uma fase do procedimento, havendo ou não resolução do mérito. A liquidação de sentença, disciplinada a partir do art. 475-A do CPC, não gera a formação de outro processo, mas dá início a uma *nova fase* do procedimento, que somente se desencadeia com uma *nova demanda*. Não é sem razão, aliás, que o referido art. 475-A do CPC exige que haja *requerimento* para que se inicie a liquidação.

Ora, sabe-se que, num mesmo processo, pode haver mais de uma demanda, como ocorre, por exemplo, em processos em que haja reconvenção ou denunciação da lide. A fase de liquidação da sentença exige requerimento do credor, ou seja, deve haver a propositura, naquele mesmo processo, de uma nova demanda: a demanda de liquidação.

Demais disso, a liquidação tem *objeto* distinto da fase de conhecimento que a antecede, devendo o juiz exercer *outra* cognição, somente permitida com o ajuizamento da demanda de liquidação. Enquanto na fase de conhecimento se define o *an debeatur*, na fase de liquidação se estabelece o *quantum debeatur*, numa indicação de que os objetos, em cada fase, são diversos, variando a cognição a ser desenvolvida pelo juiz. Em outras palavras, a liquidação tem objeto litigioso próprio, contendo, portanto, mérito próprio, distinto do objeto da precedente fase de conhecimento. O processo de conhecimento passou a ser um só, com várias fases, mas cada fase é iniciada por uma nova demanda, que se encerra por sentença. Quer isto dizer que o processo civil brasileiro passou a desenvolver-se em procedimento que contém mais de uma sentença, o que não é inusitado, bastando lembrar da ação em que se exige a prestação de contas, em que se verifica a existência de duas fases, cada uma resolvida por uma sentença diferente¹⁰.

Mesmo não sendo mais um processo autônomo, a liquidação se inicia por uma demanda, encerrando-se por sentença¹¹. Segundo esclarece Chiovenda, a le-

10. “Pode-se dizer que, de certo modo, havendo liquidação, o título executivo surge de forma fragmentada, formando-se por duas sentenças.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil – 2ª série*. São Paulo: RT, 2006, p. 132).

11. “Mesmo sendo ação, a atual sistemática empreendida pela L 11232/05 simplifica e agiliza a liquidação, de

gislação italiana aplica o nome e a disciplina da sentença a provimentos diversos: é sentença toda resolução de questões proferida no curso do processo, mas também é sentença o ato final do juiz que decide a lide, acolhendo ou rejeitando o pedido contido na demanda proposta pelo autor¹². E, prossegue, aduzindo que, por influência germânica, ao primeiro tipo se confere a terminologia de sentença interlocutória ou não definitiva, enquanto o segundo tipo identifica-se como sentença definitiva¹³. Adverte, ainda, que somente quando o juiz acolhe ou rejeita a demanda é que pode haver coisa julgada, de sorte que a coisa julgada apenas se produz na sentença definitiva, e não na sentença interlocutória¹⁴.

A liquidação se inicia por uma demanda, em que o credor formula um pedido, consistente na apuração e fixação do valor a ser executado ou objeto de cumprimento. Ao julgar a liquidação, o juiz estará acolhendo ou rejeitando esse pedido, exercendo uma atividade que se encaixa na previsão do inciso I do art. 269 do CPC. Estará, em uma palavra, proferindo sentença. A sentença que condenou o réu é, nas palavras de Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, uma sentença parcial, sendo a liquidação posterior encerrada por outra sentença, também parcial¹⁵: a sentença total será a soma das duas anteriores, que são parciais.

Conquanto seja uma mera fase do processo, a liquidação se inicia por uma demanda, com objeto próprio, encerrando-se por sentença, que produz coisa julgada material. Vale dizer que, julgada a liquidação, haverá coisa julgada material, após esgotadas as vias recursais ou não interposto recurso. Não poderá mais o juiz, durante a fase posterior de cumprimento da sentença, rever o *quantum debeatur* estabelecido na decisão que julgou a liquidação. Operado o trânsito em julgado, somente por ação rescisória pode o valor ser revisto, a não ser que haja algum erro material, que não passe em julgado.

moda dar-lhe rito procedimental mais expedito, sem a autonomia e independência que havia no regime do revogado CPC 603/61 l. Mas isso não lhe retira a natureza jurídica de *ação*, que se exerce, contudo, dentro do mesmo *processo*, entendido este como sendo o conjunto formado pela cumulação de todas as pretensões e ações que se desenvolvem em *simultaneus processus*, sem instaurar nova relação jurídica processual. Portanto, na prática, a liquidação funciona com procedimento de sequência da ação de conhecimento sem maiores formalidades, isto é, sem necessidade de petição inicial e com dispensa da citação do réu. Essa solução não é novidade no sistema do CPC, que também não dá autonomia nem independência à reconvenção (processa-se *dentro* do processo da ação principal), que é, igualmente, *ação*, substituindo-se nela a citação pela intimação do reconvinido na pessoa de seu advogado (CPC 316).” (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 3 ao art. 475-A, p. 629).

12. Cosa giudicata e preclusione. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937) – volume terzo*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 238-243.
13. Idem, p. 239-240.
14. Idem, p. 245. No mesmo sentido: VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 2ª ed. Napoli: Jovene, v. 2, 2000, p. 167; TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2002, n. 54, p. 228-238.
15. GUASP, Jaime. ARAGONESSES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2002, t. 1, p. 506.

Enfim, a liquidação se encerra por sentença.

Embora a liquidação se encerre por sentença, o art. 475-H do CPC estabelece o agravo de instrumento como o recurso cabível contra a decisão que encerrar a fase de liquidação.

2.5. Sentença que decreta a falência

Uma das questões mais controvertidas na doutrina é a sistemática recursal falimentar.

É certo que a própria lei falimentar contribui para a polêmica, quando, p.ex., diz, que da decisão que decretar a falência cabe agravo (art. 100, primeira parte, da Lei Federal n. 11.101/2005, LFRE), conquanto afirme ora que o pronunciamento jurisdicional que decreta a falência é sentença (art. 99, *caput*, da LFRE), ora que é decisão (arts. 99, parágrafo único, e 100, primeira parte, da LFRE).

Ao que parece, nesta confusa mistura do texto de lei, o legislador, no art. 99 da LFRE utilizou a palavra “decisão” em sentido amplo. E essa opção é problemática, pois o CPC cuidou de arrolar, no art. 162 do CPC, os tipos de decisão judicial em primeira instância. “Decisão” é um gênero, e não uma espécie.

Para compreender o problema, é preciso relembrar o que foi dito, no capítulo sobre teoria geral dos recursos, sobre a distinção entre decisão interlocutória e sentença, notadamente por conta da mudança operada pela Lei Federal n. 11.232/2005.

Pois bem: como fica a questão da decisão que decreta a falência?

De acordo com a redefinição do conceito legal de sentença, é bem razoável a afirmação de que se trata aqui de uma sentença, que encerra a fase de conhecimento do processo de falência, dando início à fase executiva. De fato, neste primeiro momento, cabe ao magistrado verificar o preenchimento dos pressupostos materiais de existência do direito potestativo do credor de “quebrar” o devedor impontual e dar origem à execução universal.

O problema é que o legislador previu o recurso de agravo contra essa decisão, o que excepciona a regra do CPC, que estabelece a apelação como recurso cabível em tais situações. Não seria, entretanto, caso raro de incongruência legislativa: a) o art. 17 da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1.060/1950) prevê o recurso de apelação contra decisões interlocutórias; b) o art. 475-H prevê o cabimento do agravo contra decisão que julgar liquidação de sentença, decisão essa que também encerra uma fase do procedimento e que, por isso, poderia tranquilamente ser alcunhada de sentença.

Não se pode ignorar, porém, que as regras de cabimento do recurso e os conceitos legais das espécies de decisão (cuja função é exatamente a de estruturar o sistema recursal) não são doutrinários. Trata-se de regras de direito positivo e por isso contingentes. Não é possível reduzi-las aos esquemas abstratos da teoria do processo, pois uma “penada legislativa” aniquilaria tudo o quanto fosse afirmado. Não há restrição teórica alguma ao cabimento de agravo contra uma sentença. Mas não se pode deixar de criticar a opção legislativa, que revela incoerência, postura que se não pode elogiar, pois sempre causadora de dúvidas práticas e discussões doutrinárias.

Parece inegável, então, que se está diante de uma situação excepcional: contra uma sentença cabe agravo. Convém, no entanto, fazer uma advertência: o caso é de agravo de instrumento, e não de agravo retido, pela absoluta incompatibilidade deste último com o sistema do processo de falência. Basta pensar no seguinte: decretada a falência, quando o agravo retido seria reiterado? Jamais. Sobre o cabimento do agravo retido ou do agravo de instrumento, veja item a isso destinado no capítulo sobre os agravos.

3. REGULARIDADE FORMAL

A apelação deve ser interposta no prazo de quinze dias por meio de petição escrita dirigida ao juízo de primeira instância que proferiu a sentença. Não se admite a interposição oral da apelação. Pode a apelação ser interposta por via *fac-símile*, caso a transmissão seja de boa qualidade e desde que os originais cheguem ao juízo ou tribunal em até 5 (cinco) dias depois do vencimento do prazo, nos termos da Lei Federal n 9.800/1999.

No caso de apelação interposta segundo o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo é de dez dias, na forma do art. 198, II, da Lei Federal n. 8.069/1990.

A apelação pode ser interposta por petição única ou por petição de interposição que contenha, separadamente, as razões recursais. Neste último caso, é imprescindível que ambas sejam apresentadas ao mesmo tempo. A petição deve vir subscrita por advogado habilitado nos autos. Não estando, porém, o advogado habilitado ou faltando sua assinatura, cumpre aplicar o art. 13 do CPC, suspendendo-se o processo, a fim de que, intimado o apelante, seja regularizado o vício, sob pena de não ser conhecido o apelo.

Não é necessário que, na petição de interposição ou nas razões recursais, o apelante indique qual o tribunal que deverá julgar seu apelo. Em outras palavras, a falta de indicação do órgão *ad quem* não inviabiliza a apelação, “pois o artigo 514 exige apenas que a petição seja dirigida ao juiz de primeiro grau. Aliás, a

indicação errônea do tribunal *ad quem* também não conduz à prolação de juízo negativo de admissibilidade. É que se extrai do § 2º do artigo 113 do Código de Processo Civil”.¹⁶

O art. 514 do CPC fixa o conteúdo da apelação, estabelecendo, inicialmente, que devem constar os nomes do apelante e do apelado, com suas respectivas qualificações. O objetivo da norma é delimitar subjetivamente o recurso, pois haverá oportunidades em que nem todos os litigantes de primeira instância sejam abrangidos pelo recurso, como também pode acontecer que terceiro ingresse no processo, interpondo apelação. Segundo Barbosa Moreira, a não ser nesta última hipótese, é excessivo o requisito da qualificação, pois aqueles que já eram partes estarão, naturalmente, qualificados, constituindo a omissão em simples irregularidade¹⁷.

A apelação deve, demais disso, conter os fundamentos de fato e de direito, compreendendo as chamadas razões de apelação, que hão de ser apresentadas juntamente com a petição de interposição, não havendo chance para juntada ou complementação posterior. Em razão dessa exigência, não se permite a interposição de apelação por “cota nos autos”, nem por referência a alguma outra peça anteriormente oferecida, de forma que não se admite apelação cujas razões se restrinjam a reportar-se à petição inicial, à contestação ou à outra peça apresentada. Significa que a apelação deve conter argumentos que, ao menos, tentem rechaçar a conclusão a que chegou a sentença atacada. Nesse sentido, assim já decidiu o STJ:

“O requisito de admissibilidade da regularidade formal só estará satisfeito, se o recorrente apresentar em suas razões recursais os motivos pelos quais não merece subsistir o fundamento no qual está apoiado o aresto recorrido. Inteligência do art. 540 c/c o art. 514, II, ambos do CPC”.¹⁸

Finalmente, a apelação deve conter o pedido de nova decisão. Ao se demonstrar um *error in procedendo*, deve o apelante requerer a anulação da sentença. Demonstrando, diversamente, um *error in iudicando*, deverá requerer sua reforma. Demonstrados os dois tipos de erros, deve-se requerer a anulação e, subsidiariamente, a reforma da sentença. O pedido serve para delimitar a extensão do efeito devolutivo, fixando o que é que o tribunal pode apreciar, tal como restará mais bem esclarecido no próximo item.

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 12.3, p. 289-290.

17. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, n. 235, p. 379.

18. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, ROMS 8784/MA, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 06/10/1997, DJ de 10/11/1997, p. 57.531.

4. EFEITOS

4.1. Efeito devolutivo

A apelação, como qualquer outro recurso, contém o efeito devolutivo. Por força do efeito devolutivo, são transferidas ao órgão *ad quem* as questões suscitadas pelas partes no processo, com o objetivo de serem reexaminadas. O efeito devolutivo pode ser analisado em relação à sua *profundidade* e à sua *extensão*.

Quanto à *extensão*, o grau de devolutividade é definido pelo recorrente, nas razões de seu recurso¹⁹. Significa dizer que, ao deduzir o pedido de nova decisão, o recorrente fixa a *extensão* da devolutividade, a fim de que o tribunal possa julgar o recurso. Trata-se da aplicação do aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*, valendo dizer que, nesse caso, a matéria a ser apreciada pelo tribunal “é delimitada por o que é submetido ao órgão *ad quem* a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso. O objeto do julgamento pelo órgão *ad quem* pode ser *igual* ou *menos extenso* comparativamente ao julgamento do órgão *a quo*, mas nunca *mais extenso*”.²⁰

Nesse sentido, sendo, por exemplo, requerida pelo recorrente apenas a reforma *parcial* do julgado, o tribunal não poderá conceder-lhe a reforma total, ainda que lhe pareça ser a melhor solução. Isso porque, ao deduzir seu pedido de nova decisão, o recorrente fixou a *extensão* do efeito devolutivo, postulando ao tribunal apenas a reforma parcial. Desse modo, o tribunal somente lhe poderá outorgar o que foi exatamente requerido ou menos do que isso. Não poderá conceder-lhe mais do que foi pedido.

Por sua vez, a profundidade do efeito devolutivo “é medida pelo material jurídico e fático *com que* o órgão *ad quem* poderá trabalhar”²¹. A profundidade do efeito devolutivo “consiste em determinar *em que medida* competirá ao tribunal a respectiva apreciação – sempre, é óbvio, dentro dos limites da ‘matéria impugnada’”.²²

Na realidade, não é somente a matéria efetivamente abordada na sentença que poderá ser inserida no efeito devolutivo da apelação. Tanto as questões suscitadas e discutidas no processo – mesmo que não decididas por inteiro – como as questões anteriores à sentença – ainda não decididas – poderão ser ventiladas no

19. Na verdade, essa afirmação aplica-se aos argumentos de mérito e àqueles em que se aplica o princípio dispositivo, não abrangendo as matérias de ordem pública nem os casos em que o feito teve extinção prematura na origem.

20. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 218.

21. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, cit., p. 218.

22. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, n. 244, p. 397.

recurso do apelante, possibilitando ao tribunal sua análise. É o que se depreende das regras encartadas nos arts. 515, § 1º, e 516, ambos do CPC.

A devolução permitida pelo § 1º do art. 515 do CPC refere-se a questões suscitadas e discutidas no processo, mas que não foram abordadas na sentença, total ou parcialmente. Nesse caso, caberia ao interessado a interposição de embargos de declaração, ao fim de suprimir a omissão incorrida pelo julgador, ou, para evitar maiores delongas, já intentar seu recurso de apelação, incluindo a matéria, cuja apreciação pode e deve ser feita pelo tribunal.

Para que seja possível o reexame da matéria em sede recursal, há que se ter presente dois elementos principais: a) a definição pela lei de qual será a matéria passível de ser objeto do recurso; b) a extensão da matéria que poderá ser apreciada, dependendo dos limites traçados pela impugnação recursal ou nos casos determinados pela lei que, independentemente de ter sido apreciada na decisão impugnada, deve ser examinada pelo tribunal.²³

Os arts. 515 e 516 do CPC estabelecem a *profundidade* da cognição a ser exercida pelo tribunal, respeitada a *extensão* fixada pelo recorrente. Assim, tendo o recorrente, por exemplo, postulado apenas a reforma *parcial* do julgado, o tribunal, não ultrapassando esse limite de extensão, poderá analisar todo e qualquer fundamento, provas e demais elementos contidos nos autos, ainda que não abordados na sentença recorrida. Enfim, poderá o tribunal, em *profundidade*, analisar todo o material constante dos autos, limitando-se, sempre, à *extensão* fixada pelo recorrente.

Tome-se como exemplo uma sentença que condene o réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Em sua apelação, a parte demandada impugna, apenas, o trecho da sentença que a condenou à indenização por danos materiais, não questionando o tópico relativo aos danos morais. O tribunal, ao apreciar o recurso, não poderá reformar a parte concernente aos danos morais, mesmo que entenda ou verifique ser indevida a condenação nesse particular. Somente poderá reexaminar a sentença no que tange aos danos materiais (*extensão* do efeito devolutivo, fixada pelo recorrente – CPC, art. 515, *caput*). Para analisar a condenação pertinente aos danos materiais, poderá o tribunal, contudo, apreciar todo o material contido nos autos, examinando argumentos, provas e demais elementos ali contidos, ainda que não abordados ou mencionadas na sentença apelada (*profundidade* do efeito devolutivo – CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).

23. FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 201.

É preciso, porém, atentar para um aspecto. Se o fundamento tiver sido examinado pelo juízo *a quo*, deverá o recorrente impugnar a solução judicial no seu recurso, sob pena de preclusão. O § 2º do art. 515 cuida de *questões não decididas*. As *questões decididas* devem ser impugnadas. Assim, se o pedido tiver uma pluralidade de causas de pedir, e o juiz o julgou improcedente com base em todas elas (examinou todas, pois), deve o recorrente impugnar a solução de cada uma delas, sob pena de somente as questões impugnadas subirem ao tribunal. Essa lição se aplica a qualquer recurso. Um bom exemplo é o enunciado n. 126 da súmula do STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infra-constitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. Se o acórdão tem mais de um fundamento, e não se interpõe o recurso cabível para impugná-lo, há preclusão desta questão. Exatamente por isso, se a parte interpuser recurso especial para discutir o fundamento legal e não interpuser recurso extraordinário para questionar o fundamento constitucional (ou vice-versa), o recurso especial (ou o extraordinário) não será conhecido, porquanto inútil: mesmo se o recorrente lograsse êxito, derrubando o fundamento legal, a questão constitucional continuaria “sustentando” a decisão recorrida, já que, como questão decidida não impugnada, teria havido em relação a ela a preclusão.

Assim, enquanto a *extensão* é fixada pelo recorrente, a *profundidade* decorre de previsão legal.

Impõe-se, ainda, aduzir que o efeito devolutivo da apelação é de *argumentação livre*, de sorte que ao apelante é lícito valer-se de qualquer argumento para atacar a sentença recorrida, não estando vinculado a determinado tipo de matéria, nem devendo submeter-se a alguma espécie de prequestionamento.

4.2. Análise do mérito pelo tribunal, após afastar o motivo da extinção do processo (§ 3º do art. 515 do CPC)

Ao extinguir o processo sem julgamento do mérito, o juiz o fará por meio de sentença, na forma prevista no art. 267 do Código de Processo Civil, segundo o art. 162, § 1º do CPC.

Cumprе ressaltar que, antes da modificação empreendida pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, uma vez extinto o processo sem julgamento do mérito, a apelação a ser interposta contra a sentença deveria ater-se a demonstrar a impropriedade de tal extinção, não devendo adentrar o mérito da demanda que não chegou sequer a ser examinado no ato judicial combatido.

Já se viu que ao recorrente compete fixar a extensão do efeito devolutivo. Conquanto caiba ao recorrente fixar o conteúdo de devolutividade do seu apelo, não poderia, antes de tal modificação, impugnar senão a matéria efetivamente decidida na sentença. Isso porque: “a apelação não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão *a quo*. Assim, se se trata de sentença *terminativa* – isto é, de decisão que põs fim ao procedimento de primeiro

grau sem julgar o mérito –, não é lícito ao órgão *ad quem* passar *incontinenti* ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação”.²⁴ Nesse caso, “se o órgão *ad quem* der provimento ao recurso, os autos deverão retornar ao juízo *a quo*, para que profira nova decisão, não podendo o tribunal julgar o mérito da causa, por suprimir uma instância”.²⁵

Significa que o apelante, ao deduzir suas razões recursais, não deveria, antes da modificação sob comento, requerer ao tribunal que apreciasse o mérito da demanda, caso o juiz de primeira instância tivesse proferido sentença terminativa. E, mesmo que o apelante inserisse no âmbito do efeito devolutivo do seu recurso a análise do mérito, não caberia ao tribunal apreciar as razões de mérito articuladas na apelação. Isso porque, tendo o juízo singular apenas proferido decisão terminativa do feito, deixando de proceder a análise do mérito da contenda, não deveria o juízo *ad quem* adentrar a matéria de mérito, sob pena de suprimir um grau de jurisdição.

Cumprе considerar, entretanto, a situação decorrente da pronúncia judicial acerca da *prescrição* e *decadência*. Quando o juiz reconhece uma delas, profere sentença que extingue o processo *com* resolução do mérito, de sorte que haverá pronunciamento sobre o mérito, embora o pedido formulado na petição inicial não tenha sido acolhido nem rejeitado expressa e formalmente.

Em tal hipótese, tanto o entendimento doutrinário como o jurisprudencial já apontavam, antes mesmo do advento da Lei nº 10.352/2001, para a possibilidade de o tribunal, ao desconsiderar, no exame do recurso, a prescrição ou decadência, prosseguir no julgamento para acolher ou rejeitar o pedido do autor. É que, nesse caso, a sentença apreciou o mérito, exatamente porque o reconhecimento da prescrição ou da decadência importa extinção do processo *com* resolução do mérito (art. 269, IV, CPC). Não haveria, então, supressão de uma instância jurisdicional nem violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Esse entendimento relativo à prescrição e à decadência restou transportado, com a inclusão do § 3º ao art. 515 do CPC pela Lei nº 10.352/2001, para os casos de sentença terminativa. Assim, extinto o processo sem exame do mérito pela sentença proferida pelo juiz de primeira instância, poderá o tribunal, ao dar provimento à apelação, adentrar o exame do mérito, *desde que* já estejam nos autos todos os elementos de prova suficientes ao exame do pedido formulado pelo autor em sua petição inicial ou se a causa versar matéria exclusivamente de direito.

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6 ed. cit., p. 384.

25. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1999, p. 136.

Há, entretanto, de levar-se em conta um detalhe.

O julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não é consequência do efeito devolutivo do recurso, até porque ele ocorre após o julgamento do recurso – é um outro efeito da apelação, já denominado *efeito desobstrutivo* do recurso.²⁶ Mas parece inegável que a possibilidade deste julgamento é efeito do recurso; mais precisamente é um efeito do julgamento do recurso. É preciso saber, então, se a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC pressupõe requerimento do recorrente, em homenagem ao princípio dispositivo, ou, ao contrário, é efeito anexo do julgamento recursal e, nessa qualidade, dispensa provocação do interessado.

Mesmo que esse julgamento não decorra diretamente do efeito devolutivo do recurso, é certo que o § 3º do art. 515 amplia o *thema decidendum* na instância recursal. Razões de ordem sistemática aconselham que se exija a formulação de requerimento do recorrente para a aplicação do dispositivo, tendo em vista que a delimitação “daquilo-que-tem-de-ser-decidido” pelo órgão jurisdicional é, no ordenamento brasileiro, matéria adstrita ao princípio dispositivo e, pois, à provocação da parte interessada.

Em sentido diverso, com bela argumentação, posiciona-se Gervásio Lopes Jr., em transcrição que merece ser literal (recomenda-se a leitura deste trabalho): “Na verdade, quando o tribunal aprecia o objeto de uma causa, sem que o *a quo* o tivesse feito, de forma total ou parcial, não está propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos. Nestes casos, o recurso funciona, apenas, como instrumento de eliminação de empecilho criado pelo 1º grau ao julgamento, no momento adequado, do fundo do litígio. Talvez a compreensão do que propomos não seja fácil, até porque a ideia que sempre tivemos é que toda e qualquer atividade desempenhada pela 2ª instância, nos feitos que não conhece originariamente, dá-se no exercício de competência recursal. Tal ideia deve ser superada, inclusive para que o instituto possa ser bem compreendido e aproveitado. Deveras, se esquecermos qualquer suposta relação do julgamento *per saltum* com o efeito devolutivo do recurso, conseguimos entender tal atividade como simples decorrência do princípio do impulso oficial, que, para ser exercitado, independe da vontade e do requerimento das partes. Além disso, colocamos os princípios dispositivo e da vedação da reforma para pior nos seus devidos lugares, permitindo ao tribunal julgar por salto de instância de forma contrária, inclusive, aos interesses da parte recorrente. Assim é que o requerimento da parte não é exigido para o salto julgamental, que tem como pressupostos, apenas, a interposição e o conhecimento de um recurso; o seu provimento ou a anulação da sentença e a maturidade da causa”.²⁷

Assim, para que reste aplicada a regra do § 3º do art. 515 do CPC, é preciso que o recorrente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal

26. Conforme a precisa lição de LOPES Jr., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2007, p. 36.

27. LOPES Jr., Gervásio. *Julgamento direto do mérito pelo tribunal*, cit., p. 164-165.

dê provimento ao seu recurso e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do § 3º do art. 515 do CPC, adentrar o exame do mérito, sob pena de estar julgando *extra* ou *ultra petita*.

Na hipótese de o apelante requerer que o tribunal, provendo seu recurso, já aprecie o mérito, aí sim cabe ao tribunal, obrigatoriamente, proceder a análise do mérito. Nesse caso, o tribunal apenas deixará de apreciar o mérito, se a questão não for exclusivamente de direito. Vale dizer que, havendo requerimento expresso do apelante, e preenchidos os demais pressupostos legais, é *obrigatório* ao tribunal, aplicando o § 3º do art. 515 do CPC, já conhecer do mérito da demanda, ao prover a apelação interposta contra a sentença terminativa, a não ser que a matéria ainda reclame alguma providência ou prova a ser produzida no juízo singular.²⁸

O § 3º do art. 515 do CPC pode ser aplicado quando o fundamento da apelação for o *error in iudicando*. Não há qualquer dúvida nesse caso.

O cabimento da aplicação do § 3º do art. 515 à apelação fundada em *error in procedendo* é, porém, mais polêmico. Barbosa Moreira não a admite, sob o fundamento de que o tribunal, ao dar provimento ao recurso, terá que anular a sentença e não substituí-la.²⁹ Até a oitava edição deste volume, era esse o posicionamento que adotávamos.

Fomos convencidos dos argumentos em sentido contrário³⁰ e agora admitimos a possibilidade de o tribunal julgar diretamente o mérito da causa, mesmo no caso

28. A 5ª Turma do STJ, ao julgar o RMS 21.358/PI, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 22.10.2007, p. 314, entendeu ser necessário o requerimento do recorrente para que se aplique o disposto no § 3º do art. 515 do CPC. Não havendo requerimento, o provimento do recurso deve acarretar a devolução dos autos ao juízo *a quo*. O entendimento atual do STJ é no sentido contrário, ou seja, entende-se ser desnecessário o pedido expresso da parte: acórdão da 4ª Turma do STJ, REsp 836.932/RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 6/11/2008, DJe 24/11/2008. No mesmo sentido: acórdão da 1ª Turma do STJ, AgRg no REsp 1.192.287/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 3/5/2011, DJe 10/5/2011. Ainda no mesmo sentido: acórdão da 6ª Turma do STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.142.225/PA, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/6/2012, DJe 29/6/2012.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 405.

30. Neste sentido, LOPES Jr., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*, cit., p. 165); MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. "A nova etapa da reforma do código de processo civil no âmbito dos recursos: síntese e comentários". In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. "Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo §3º do art. 515 do CPC". In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002,

de provimento de apelação em que se pretenda a invalidação de uma sentença que não tenha examinado o mérito da causa.

De fato, o § 4º do mesmo art. 515 do CPC permite a correção de defeitos processuais no processamento da apelação. Nada impede que esses defeitos sejam defeitos da sentença apelada. Uma vez corrigido o defeito da sentença, e estando o processo maduro para a decisão, realmente não mais se justifica o seu retorno à primeira instância, para que se profira decisão de mérito. Trata-se de solução que parece mais consentânea com o princípio da duração razoável do processo, que a regra comentada busca concretizar. Note que, não aplicado o § 4º do art. 515, não haverá como aplicar o § 3º do mesmo art. 515, no caso de apelação por *error in procedendo*.

Se não for aplicado o § 4º do art. 515 e o tribunal entender que, diante do *error in procedendo*, deve anular a sentença, a solução consistirá, necessariamente, na determinação de remessa dos autos para que haja nova atividade jurisdicional pelo órgão *a quo*. Enfim, anulada a sentença, impõe-se o retorno ao juízo de primeira instância, não se permitindo o julgamento, desde logo, do mérito da causa pelo tribunal³¹.

p. 259; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2010, p. 487-488; JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146; KARAM, Munir. "Novo aspecto da apelação cível (o julgamento por salto de instância do §3º do art. 515)". In: NERY JR., Nelson; WAMBIE, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, p. 379; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Art. 515, §3º, do Código de Processo Civil, ordem pública e prequestionamento". In: MEDINA, José Miguel Garcia (coord.); CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo (coord.); DE CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira (coord.); GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38-39; PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: 2005, p. 153; MORAES, Paula Souza. *Julgamento direto do mérito na instância recursal (art. 515, §3º do CPC)*. Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Federal da Bahia - Salvador, 2010.

31. "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA DECLARADA NULA EM DECORRÊNCIA DE *ERROR IN PROCEDENDO*. RETORNO DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. JULGAMENTO, DESDE LOGO, PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O *error in procedendo* ocorre quando há vício na atividade judicante e desrespeito às regras processuais, devendo o julgado ser anulado a fim de que outro seja proferido na instância de origem.

2. É nula a sentença que não fundamenta o indeferimento de pedidos da inicial e deixa de manifestar-se acerca de perícia incontroversa presente nos autos.

3. Para que o tribunal possa julgar desde logo o mérito da causa na apelação, é necessário que a sentença não apresente vício que lhe comprometa a validade. Havendo o vício, o órgão superior deverá anular a sentença e restituir os autos à instância inferior para que ali outra seja proferida.

4. Recurso especial desprovido." (STJ, 4ª T., REsp 1.236.732/PR, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 16/6/2011, DJe 24/6/2011).

Também é possível aplicar o dispositivo nos casos de sentença *citra petita*. O tribunal, aplicando por extensão o § 3º do art. 515 do CPC, examina o pedido não examinado pelo juízo *a quo*. Há decisões que permitem, por exemplo, que a denunciação da lide não examinada em primeira instância possa sê-lo no julgamento da apelação³². Trata-se de uma interpretação extensiva do § 3º do art. 515 do CPC, pois esse dispositivo exige, para a sua aplicação, que o juízo *a quo* tenha proferido um juízo de inadmissibilidade do processo, entendendo não ser o caso de examinar o pedido, situação bem diferente daquela em que o juízo simplesmente não examina o pedido³³.

Em síntese. Esse dispositivo legal admite que o tribunal, reformando sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito, possa avançar na análise do próprio mérito da demanda, desde que não haja mais necessidade de dilação probatória. Para tanto, devem ser preenchidos os seguintes pressupostos: a) a apelação seja provida, ou seja, o tribunal não vislumbre causa de inadmissibilidade da demanda – a reconhecida pelo juízo *a quo* ou outra qualquer; b) é preciso que haja pedido do recorrente³⁴; c) constate-se que a causa versa sobre questão exclusivamente de direito, ou questão de fato/direito que não demande mais provas – *apurando-se*, enfim, que a causa está madura, em condições de imediato julgamento.³⁵

Como será visto no capítulo sobre o recurso ordinário constitucional, há decisões admitindo a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC a esse recurso, por analogia, tendo em vista a sua semelhança com o recurso de apelação. Há quem defenda, ainda, com razão, a aplicação do dispositivo ao recurso inominado nos Juizados Especiais. Gervásio Lopes Jr. vai além: entende que a aplicação do instituto é possível em todos os recursos, salvo os embargos de declaração e o recurso contra decisão que não admite outro recurso (como o agravo do art. 544 do CPC, por exemplo).³⁶

32. STJ, 4ª T., REsp n. 94.227-RS, rel. Min. Ruy Rosado, j. 20.08.1996, publicado no DJ de 07.10.1996, p. 37.646.

33. Fazendo a ressalva de que uma decisão que não examinou o pedido não pode ser considerada *nula*, convém examinar acórdão da 5ª T. do STJ, no REsp n. 756.844/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 15.09.2005, publicado no DJ de 17.10.2005, p. 348: “A sentença proferida *citra petita* padece de *error in procedendo*. Se não suprida a falha mediante embargos de declaração, o caso é de anulação pelo tribunal, com devolução ao órgão *a quo*, para novo pronunciamento. De modo nenhum se pode entender que o art. 515, §3º, autorize o órgão *ad quem*, no julgamento da apelação, a ‘completar’ a sentença de primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capítulo(s). *In casu*, não há que se falar em interpretação extensiva ao artigo 515, § 3º, do CPC, quando nem sequer houve, na sentença, extinção do processo sem julgamento do mérito, requisito este essencial à aplicação do artigo 515, § 3º, da Lei Processual Civil”.

34. JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146-148.

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. 5, p. 450-451.

36. “Cumpramos, ainda, que, conquanto o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil tenha sido posto no capítulo do CPC que trata da apelação, sua aplicação pode ser ensejada por quase todos os remédios

4.3. Apelação na hipótese do art. 285-A do CPC

Da sentença que, aplicando o art. 285-A do CPC, julga improcedente o pedido do autor, cabe recurso de apelação. O recurso, conforme visto, constitui a renovação da demanda, prolongando o estado de litispendência.

Proferida a sentença com base no art. 285-A do CPC e interposta a apelação, poderá o juiz retratar-se, modificando sua sentença, se verificar que o caso não se identifica com os anteriores já julgados desfavoravelmente ao autor, ou na hipótese de haver um detalhe de fato que diferencie a situação relativamente às anteriores. Enfim, poderá o juiz retratar-se diante da apelação, surgindo daí mais uma exceção à regra da inalterabilidade da sentença, previsto no art. 463 do CPC.

Mantida que seja a sentença pelo próprio juiz e admitida a apelação, o réu será *citado* para responder ao recurso.

A citação, na verdade, é o ato de comunicação processual que *avisa* ao réu da existência da demanda e o *convoca* para *participar* do processo. Ele, com a citação, torna-se parte (até então ele era terceiro).

Nesse novo dispositivo, a demanda é transferida para o tribunal, com a participação do réu. O objetivo da participação do réu é permitir que o tribunal possa, eventualmente, modificar a sentença e julgar contrariamente ao réu. Se o réu não fosse citado para acompanhar o recurso, não poderia o tribunal eventualmente julgar desfavoravelmente a ele, sob pena de ofender o princípio do contraditório e da ampla defesa. Observe-se que o art. 285-A somente terá aplicação quando a matéria for *exclusivamente* de *direito*, seguindo a mesma lógica do § 3º do art. 515 do CPC e evitando prejuízo quanto à interposição de recursos extraordinário e especial, pois nestes recursos não se admite reexame de fatos ou provas.

A propósito, há quem, seguindo esse entendimento ora manifestado, entenda ser possível ao tribunal, ao prover a apelação, já condenar o réu.³⁷ Mas há, por

recursais, na medida em que a considerada regra – assim como o *caput* e demais parágrafos do mesmo artigo – é atinente à teoria geral dos recursos. Apenas os embargos declaratórios e o agravo tendente a combater a inadmissão de outros recursos não têm o condão de causarem o julgamento *per saltum*. O primeiro, porque o órgão apreciador da irrisignação é o mesmo que prolatou a decisão guerreada. O segundo, pois se limita a dar ensejo ao processamento do recurso inadmitido”. (LOPES Jr., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*, cit., p. 164-166).

37. “16. *Julgamento da apelação*. O autor ao apelar deverá efetuar o preparo, bem como preencher os demais requisitos de admissibilidade. Este preparo se exaure com o julgamento desta apelação. O tribunal pode, ao prover o recurso, *rejulgar* o mérito porque a matéria é exclusivamente de direito e, portanto, não necessita de dilação probatória. Esse procedimento é compatível com o efeito devolutivo da apelação, estatuído no CPC 515, notadamente no § 3º. No rejuízo do mérito, o tribunal pode inverter o resultado da demanda, de improcedência para procedência, e dar ganho de causa ao autor. Daí a necessidade de o réu ser citado para acompanhar o recurso e, nas contrarrazões, aduzir toda a matéria de defesa como se contestasse. Caso o tribunal dê provimento ao recurso, mas determine o prosseguimento do processo no

outro lado, quem entenda que o provimento da apelação somente terá o condão de fazer com que os autos retornem à primeira instância para que se prossiga regularmente o procedimento, culminando-se com nova sentença³⁸.

Na verdade, o tribunal já pode, reformando a sentença, julgar procedente o pedido contido na petição inicial, se o autor, que figura como apelante, tiver assim requerido em sua apelação.

Ao recorrente compete fixar a extensão do efeito devolutivo. Realmente, a devolutividade da apelação e, de resto, a de qualquer recurso é definida pela parte recorrente. Assim, cabe ao apelante fixar a *extensão* do efeito devolutivo de sua apelação, diferentemente da *profundidade* que é estabelecida em lei. Em relação à apelação, a *profundidade* de seu efeito devolutivo é ampla, em virtude da regra contida nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Já a *extensão* é, repita-se, fixada pelo recorrente, nas razões de seu apelo. Então, o tribunal, concordando não ser caso de improcedência, somente poderá, após dar provimento ao apelo, já julgar procedente o pedido da petição inicial, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais.

Em outras palavras, para que o tribunal julgue desfavoravelmente ao réu, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo para reformar a sentença que aplicou o art. 285-A do CPC e, desde logo, já julgue procedente o pedido contido na petição inicial. Caso o apelante se restrinja a demonstrar a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, porque, por exemplo, o caso anteriormente julgado não era idêntico ou porque a matéria não é exclusivamente de direito, estará, na verdade, demonstrando um *error in procedendo*. Nesse caso, o tribunal, ao dar provimento ao recurso, deverá determinar que os autos sejam devolvidos ao juízo de primeira instância para prosseguimento do feito.³⁹

primeiro grau de jurisdição, o réu será intimado (a citação já ocorreu) para oferecer contestação.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2006, n. 16 ao art. 285-A, p. 483).

38. “Não se deve esquecer que ao apelante há o ônus de limitar o *objeto cognitivo do recurso*, nos termos dos arts. 514 e 515 do CPC. Ora, no processo repetido objeto da *resolução superantecipada do mérito*, o móvel do recurso é um só: demonstrar a inexistência de identidade com o precedente. Este é o *objeto cognitivo do recurso*, sendo vedado ao tribunal ultrapassar este limite, sob pena de violação aos dispositivos apontados, além dos arts. 128 e 460 do CPC (também aplicáveis em nível recursal).” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. “Processos Repetidos e os Poderes do Magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e Críticas”. *Revista Dialética de Direito Processual* São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 79) No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. “Julgamento *Prima Facie* (Imediato) pela Técnica do art. 285-A do CPC”. *Revista dos Tribunais* São Paulo: RT, 2006, n. 854, p. 68; SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. “Reflexões Iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 133, p. 142.
39. *Nesse sentido*: “Pelo efeito devolutivo (art. 515, CPC), o tribunal somente poderá conhecer da matéria expressamente impugnada na apelação. Assim, se o autor se limitar a alegar a inaplicabilidade do art. 285-A

LUÍZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JUNIOR entende que, nesses casos de anulação da sentença, os autos devem retornar ao juízo *a quo*, mas deve o processo ser conduzido por outro juiz, a quem competirá proferir nova sentença. Isso porque, na sua opinião, o juiz originário, cuja sentença fora anulada, deixou de ostentar imparcialidade, equiparando-se tal situação à hipótese prevista no § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal (“o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”). Afirma, ademais, que o caso não se encaixa em nenhuma hipótese prevista nos arts. 134 e 135 do CPC, mas que faltaria ao juiz imparcialidade, sendo necessário seu afastamento do caso.⁴⁰ Não parece que as hipóteses se assemelhem. O juiz, no caso da obtenção de prova ilícita no processo penal, formou seu convencimento quanto aos fatos, não sendo fácil desfazer-se daquela convicção, o que lhe retira a imparcialidade para julgar sem a prova anteriormente produzida. No caso do art. 285-A do CPC, trata-se de dispositivo aplicável a causas repetitivas, cuja discussão é de direito. Se a sentença do juiz foi anulada é porque se entendeu que o caso continha uma peculiaridade que afastava a aplicação das sentenças anteriormente proferidas, ou porque é necessária a produção de alguma prova, ou porque há um novo argumento a ser apreciado. Aliás, exige-se uma dogmática diferente para os casos repetitivos, não sendo adequado aplicar a tais hipóteses o mesmo raciocínio das tradicionais demandas individuais, em que “cada caso é um caso”. Não concordamos, enfim, com a falta de imparcialidade do juiz nesse caso de anulação da sentença proferida com base no art. 285-A do CPC, nem com a necessidade de o caso ser remetido a um outro juiz. Tal raciocínio, aplicável aos casos individuais, não guarda pertinência com a dinâmica das causas repetitivas. Não bastasse isso, se é certo que todos têm direito a um juiz imparcial, é necessário que o legislador defina os casos de falta de imparcialidade, relacionando as hipóteses de impedimento e de suspeição. No caso do art. 285-A do CPC, não há qualquer previsão que possa incidir. O juiz seria, a prevalecer a ideia da falta de imparcialidade, impedido ou suspeito? Qual regime

do CPC, o tribunal apenas poderá apreciar essa questão. Dando provimento ao apelo, cassará a sentença e remeterá os autos à primeira instância para prosseguimento da ação. Não parece possível aplicar o art. 515, § 3º, CPC, pois como o autor limitou a impugnação, dificilmente o réu ter-se-á manifestado sobre o mérito da sentença paradigma. Se o autor defender que a tese jurídica da sentença paradigma está errada, então o tribunal poderá se debruçar sobre a questão de direito. Provendo a apelação, reformará a sentença, julgando procedente o pedido em desfavor do réu. Não há ofensa ao contraditório e à ampla defesa porque o réu foi citado e apresentou resposta. Inobstante, caso a Corte entenda que o contraditório foi insuficiente ou que a causa não está pronta para julgamento, poderá determinar as diligências necessárias, usando, por analogia, o novo art. 515, § 4º, CPC (Lei 11.276/2006).” (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. “A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 141, p. 125). *No mesmo sentido*: BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 197-198; CAMPOS, Gledson Marques de. “A Sentença Liminar de Improcedência, os Requisitos para que seja Proferida e os Limites da Apelação Interposta contra ela”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 46, p. 53-54; FÉRES, Marcelo Andrade. “Julgamento Sumaríssimo dos Processos Repetitivos: uma Análise Jurídico-econômica do art. 285-A do Código de Processo Civil”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 42, p. 122. *Igualmente*: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “Breve Análise sobre Alguns Aspectos Polêmicos da Sentença Liminar de Improcedência (artigo 285-A do CPC)”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 41, p. 72-75.

40. “A falta de imparcialidade do magistrado para prosseguir no feito quando um recurso anula sua decisão que aplicava o art. 285-A do CPC”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2011, p. 259-268.

jurídico seria aplicável? O do impedimento ou o da suspeição? Não se pode alargar os casos de falta de imparcialidade, sem enquadrar a hipótese em alguma das situações de impedimento ou de suspeição, sob pena de prejuízo à própria segurança jurídica. As hipóteses de impedimento ou de suspeição devem ser interpretadas restritivamente. O disposto no § 4º do art. 157 do CPP é específico, não devendo ter sua interpretação estendida para caso a ele não assemelhado. Se, por um lado, a parte tem direito a um juiz imparcial, tem, por outro lado, direito à garantia do juiz natural em seu aspecto subjetivo, devendo julgar sua causa aquele juiz que titulariza as funções naquele órgão jurisdicional e contra quem não pesa qualquer óbice legal.

Eis a razão pela qual o réu é citado para responder ao recurso: poderá o tribunal, se assim requerer o apelante, ao dar provimento à apelação, já julgar a causa, acolhendo o pedido formulado na petição inicial.

Se o réu não fosse citado, mas o tribunal entendesse que a sentença estaria errada e deveria haver a procedência, caberia determinar o retorno dos autos à primeira instância para que, citado o réu e desenvolvidos os atos processuais, houvesse sentença, daí se seguindo apelação etc. O objetivo parece ter sido exatamente suprimir tudo isso, com ganho de tempo: o tribunal, discordando do juiz, já pode condenar o réu, sem que haja ofensa à ampla defesa e ao contraditório, pois a matéria é só de direito e o réu já teve oportunidade de se defender, apresentando suas contrarrazões, que, aliás, consistirão em mera reprodução da contestação apresentada em casos anteriores (não custa lembrar que o art. 285-A do CPC aplica-se para demandas de massa; o réu/apelado já tem sua defesa pronta).

Na hipótese de o réu não ser citado para responder ao recurso, poderá o tribunal já julgar o mérito da demanda? Se o tribunal resolver manter a sentença, a falta de citação não gera qualquer nulidade ou prejuízo. Para que o tribunal possa reformar a sentença e condenar o réu, por exemplo, deverá, contudo, ter havido a citação destepara responder ao recurso. Nesse caso, a ausência de citação pode ser suprida no próprio tribunal, devendo ser determinada, ali mesmo, a citação do réu. Cumprida a diligência e dada oportunidade ao réu para defender-se, a apelação já poder ser julgada, aplicando-se o § 4º do art. 515 do CPC, introduzido pela Lei n. 11.276/2006.

É relevante observar que o art. 285-A do CPC é hipótese especial de indeferimento da petição inicial, distinta da regra geral prevista no art. 295 do CPC. Põe-se em relevo essa constatação, na medida em que o indeferimento da petição inicial, nas hipóteses do art. 295 do CPC, contém regime próprio, cabendo da correspondente sentença a apelação disciplinada no art. 296 do CPC: não tem contrarrazões, o juiz pode retratar-se e, no âmbito do tribunal, não há revisor (CPC, art. 551, § 3º).

No caso do art. 285-A do CPC, interposta a apelação, o juiz pode retratar-se. Não exercida a retratação, o réu será *citado* para responder ao recurso. Há,

então, diferença entre as hipóteses de indeferimento da petição inicial e do julgamento de mérito *prima facie* do art. 285-A do CPC. Além do mais, indeferida a petição inicial por uma das hipóteses do art. 295 do CPC, a apelação prevista no art. 296 não terá revisor no tribunal. No caso da apelação do art. 285-A do CPC, parece que, além do relator, haverá igualmente revisor. O § 3º do art. 551 do CPC deve interpretar-se restritivamente, aplicando-se apenas para os casos de indeferimento da petição inicial do art. 295 e da apelação disciplinada no art. 296, ambos do CPC.

Interposta a apelação e citado o réu para apresentar resposta, os autos seguirão ao tribunal. Distribuída a apelação ao relator, este poderá negar-lhe seguimento, quando já houver súmula de tribunal superior (CPC, art. 557), podendo, igualmente e pelas mesmas razões, negar seguimento ao reexame necessário (súmula do STJ, n. 253).

Quando já há enunciado de súmula de tribunal superior, já é praticamente certo que o relator irá negar seguimento ao reexame necessário. Nesse caso, há apenas um exercício de inutilidade: o juiz determina o reexame necessário. Concluídos os autos ao relator, este irá negar seguimento ao reexame. Para evitar esse gasto inútil de tempo, o § 3º do art. 475 do CPC prevê que o juiz já pode dispensar o reexame necessário, quando a sentença estiver fundada em súmula do tribunal superior.

Situação interessante ocorreu na Justiça Federal de Pernambuco. O juiz aplicou o § 1º do art. 518 do CPC, negando seguimento à apelação, por já haver súmula sobre o caso. Dessa decisão a parte interpôs agravo de instrumento perante o TRF da 5ª Região – AGTR 72.974/PE (2007.05.00.000143-8). O relator, nesse agravo, concedeu efeito suspensivo “ativo”, determinando a subida imediata da apelação. A apelação, regularmente processada, foi provida, ao argumento de que não se aplicava, ao caso, o enunciado da súmula – AC 407.716/PE (2007.05.005933-7).

Posteriormente ao julgamento da apelação, foi julgado o agravo de instrumento, ao qual se negou provimento para entender que o juiz estava certo, não podendo seguir a apelação, mercê da súmula do tribunal superior. De observar que, no caso, a apelação foi julgada *antes* do agravo. Nessa hipótese, o agravo fica prejudicado. O TRF da 5ª Região não deveria ter admitido o agravo de instrumento, por perda superveniente do objeto, pois o juízo de admissibilidade definitivo exauriu-se no julgamento da apelação. Se, diversamente, o agravo fosse julgado antes, a apelação não poderia mais ser julgada, por inadmissibilidade previamente reconhecida no agravo. Ao julgar a apelação, o tribunal antecipou e examinou a questão da admissibilidade. O juízo definitivo de admissibilidade foi exercido na apelação, absorvendo a questão tratada no agravo. A situação assemelha-se ao caso em que o agravo ataca liminar e a apelação, sua confirmação; a apelação absorve o agravo, prejudicando-o. Na verdade, o agravo, no caso ora referido, deveria ter sido julgado antes da apelação, mas, como não foi, o seu exame ficou prejudicado pelo julgamento da apelação. Significa que o tribunal, no agravo, apreciou e decidiu

questão já atingida pela preclusão judicial (CPC, art. 471). Ao julgar a apelação, dando-lhe provimento, o tribunal reconheceu sua admissibilidade. O detalhe, aqui, é que o § 1º do art. 518 do CPC determina que não se admita o recurso *por razões de mérito* (coincidência do fundamento da sentença com o enunciado de súmula do STF ou do STJ). Ao julgar a apelação para dar-lhe provimento porque o caso não se encaixa no enunciado da súmula, o tribunal está, a um só tempo, julgando o mérito e reconhecendo a admissibilidade da apelação. Em outras palavras, o tribunal está a dizer que não se aplica o enunciado da súmula, não incidindo, consequentemente, o § 1º do art. 518 do CPC.

Rigorosamente, a questão não é de admissibilidade. O § 1º do art. 518 do CPC estende para o juiz de primeira instância o poder dado ao relator pelo art. 557 do CPC.

Ora, mantendo unidade e coerência sistemática, se o juiz pode dispensar o reexame necessário no caso de sua sentença fundar-se em súmula de tribunal superior, cabe-lhe também não admitir o recurso de apelação, caso já haja súmula de tribunal superior a respeito do tema. Nesse sentido, a Lei nº 11.276/2006, acrescentou um § 1º ao art. 518 do CPC, examinado neste *Curso*.

Podem, assim, ser conjugadas as regras do art. 285-A e do art. 518, § 1º, ambas do CPC: já havendo enunciado de súmula de tribunal superior estabelecendo que não deve ser acolhida aquela pretensão formulada em massa, o juiz, que vem seguindo tal entendimento, poderá já julgar, *prima facie*, a demanda, proferindo, desde logo, sentença de improcedência. Interposta apelação, o juiz não irá recebê-la, por estar a sentença em conformidade com súmula do tribunal superior. Dessa decisão que, aplicando o parágrafo 1º do art. 518 do CPC, não receber a apelação caberá agravo de instrumento, nos termos do *caput* do art. 522 do CPC.

4.4. Efeito suspensivo

Além do efeito devolutivo, a apelação contém, via de regra, o efeito suspensivo. Nos termos do *caput* do art. 520 do CPC, a apelação deve ser recebida tanto no efeito devolutivo como no suspensivo.⁴¹

Nos incisos do próprio art. 520 do CPC (e em dispositivos de leis extravagantes), a regra geral vem excepcionada, de forma que, em tais casos, a apelação é desprovida de efeito suspensivo, contendo, apenas, o efeito devolutivo.

41. A apelação, como será explicitado no item relativo ao seu procedimento no tribunal, poderá ter seu seguimento negado pelo relator em aplicação ao disposto no art. 557 do CPC. Se a apelação tiver sido recebida no duplo efeito e o relator, aplicando o art. 557 do CPC, negar-lhe seguimento, caberá agravo interno. Nessa hipótese, o agravo interno terá também duplo efeito, exatamente porque a apelação não foi, ainda, julgada em definitivo, faltando o acórdão do colegiado.

“É possível que a apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo, em relação a um capítulo, e em ambos os efeitos, em relação a outro”⁴². Estas também são as palavras de Marici Giannico e Maurício Giannico⁴³:

“Embora a decisão seja incidível para fins de identificação do recurso cabível, o recurso efetivamente interposto deve ser recebido em diferentes efeitos quanto aos capítulos que compõem a decisão recorrida: a cisão do julgamento em capítulos somente pode ser considerada para atribuir-se os efeitos suspensivos e devolutivos ao recurso interposto contra os diferentes capítulos da decisão judicial”.

É importante notar, portanto, que as hipóteses em que a apelação não tem efeito suspensivo *ex vi legis* podem referir-se a apenas um capítulo do decisório da sentença.

Os casos, previstos no próprio art. 520 do CPC, em que a apelação não contém efeito suspensivo, são aqueles relacionados à sentença que:

a) *Homologar a divisão ou a demarcação de terras* (inciso I): trata-se de uma hipótese em que sentenças constitutivas podem produzir efeitos imediatos, ainda que na pendência de recurso.

b) *Condenar à prestação de alimentos* (inciso II): não é o caso da sentença que majora ou diminui o valor da pensão, porquanto sejam hipóteses de sentenças constitutivas.⁴⁴

42. DINAMARCO, Cândido. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 97.

43. GIANNICO, Marici, GIANNICO, Maurício. “Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 411. Assim, também, CAMBI, Eduardo. “Efetividade da decisão recorrida e o efeito suspensivo dos recursos”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2006, v. 9, p. 129 ss.

44. O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 14 da Lei nº 5.478, de 1973, entende que a apelação tem efeito somente devolutivo em qualquer caso de ação de alimentos, tenha a sentença determinado a majoração da pensão, sua redução ou até mesmo a exoneração da obrigação alimentar. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. I - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, quer tenha sido interposta contra sentença que determinou a majoração, redução ou exoneração de obrigação alimentícia. Precedentes. II - O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1138898/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009). “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - SENTENÇA - APELAÇÃO - CABIMENTO - EFEITO DEVOLUTIVO - REDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 14, DA LEI 5478/73 - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A apelação interposta contra sentença que julgar pedido de alimentos ou pedido de exoneração do encargo deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. II - Recurso especial provido.” (REsp 1280171/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012).

c) *Julgar o pedido de providência cautelar* (inciso IV): antecedente ou incidente, formulado em processo próprio, acolhendo-o ou rejeitando-o⁴⁵. Perceba que se o juiz julgar, ao mesmo tempo, a demanda cautelar e a demanda principal, o que normalmente ocorre, os efeitos da apelação variarão conforme o capítulo impugnado.

d) *Rejeitar liminarmente ou julgar improcedentes embargos opostos pelo devedor à execução* (inciso V).

O objetivo do inciso é favorecer o exequente, permitindo o prosseguimento da execução, mesmo se interposta apelação contra sentença que rejeitou ou julgou improcedentes embargos à execução.

A partir da Lei Federal n. 11.232/2005, os embargos à execução de título judicial restringem-se às hipóteses de execução contra a Fazenda Pública (art. 741 do CPC). Segundo a previsão do art. 520, V, a apelação interposta contra sentença que julgue improcedentes ou rejeite os embargos à execução também não teria efeito suspensivo legal. Acontece, porém, que a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado (CF/88, art. 100, § 1º e 3º), de sorte que somente pode ser determinado o pagamento, se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado. Diante disso, a apelação contra a sentença que rejeita os embargos à execução contra a Fazenda Pública, mercê das referidas exigências constitucionais, há de ser recebida no duplo efeito.

Quando os embargos opostos pela Fazenda Pública forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada, podendo, relativamente a essa parte, já haver a expedição do precatório, sem que haja ofensa ao disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal.⁴⁶

Quer isso dizer que o art. 520, V, do CPC não tem mais aplicação à apelação que rejeita os embargos à execução de título judicial. Na execução civil entre particulares, não há mais embargos. E, quando se tratar de execução contra a Fazenda Pública, a regra não se aplica em virtude das mencionadas normas constitucionais, sendo a apelação ali recebida, necessariamente, no duplo efeito. O recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, no caso de execução contra a Fazenda Pública, é totalmente inoperante e ineficaz, visto que, enquanto não confirmados

45. Excepciona-se esta hipótese para as sentenças proferidas contra pessoa jurídica de direito público, que outorgue ou aumente vencimento, ou determine reclassificação funcional (Lei nº 8.437/92, art. 3º).

46. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 4ª edição. São Paulo: Dialética, 2006, n. 12.1.7, p. 251. Conferir, ainda: acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, EREsp 551.991/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22/2/2006, DJ de 20/3/2006, p. 182. De igual modo: acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE 458.110/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/6/2006, DJ de 29/9/2006, p. 48.

ou estabelecidos, definitivamente, os valores a serem inscritos em precatórios ou requisitados por RPV, não se pode prosseguir na execução.

À evidência, o art. 520, V, do CPC restringe-se, atualmente, à hipótese de embargos à execução fundada em título extrajudicial.

Havia muita discussão sobre a natureza da execução de *título extrajudicial embargada*, pendente apelação contra sentença que julgou *improcedentes* os embargos à execução, porque o inciso V do art. 520 do CPC retira o efeito suspensivo dessa apelação. Assim, julgados improcedentes os embargos: interposta apelação (sem efeito suspensivo), poderá o exequente prosseguir na execução? Ela será definitiva ou provisória?

Humberto Theodoro Jr. entende ser definitiva a execução.⁴⁷ Araken de Assis⁴⁸ afirma que seria manifesto contra-senso transformar em provisória a execução iniciada como definitiva. Teori Zavascki acrescenta que, acaso o prosseguimento definitivo da execução implique risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o embargante poderá obter antecipação da tutela nos embargos, de modo a impedir que siga adiante⁴⁹. Isso sem falar que é possível requerer ao julgador que atribua efeito suspensivo ao recurso de apelação ou agravo (art. 558, *caput* e parágrafo único, CPC). Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial foi consolidado pelo enunciado n. 317 da súmula do STJ, com seguinte redação: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. Assim, mesmo que a decisão dos embargos seja atacada por apelação sem efeito suspensivo, a execução continuará sendo definitiva.

No entanto, a Lei Federal n. 11.382/2006 alterou a redação do art. 587 do CPC, que agora determina: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória, enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)”. Não há explicação para essa mudança, que não se justifica: a) está em dissonância com a jurisprudência sumulada do STJ e com sólida orientação doutrinária; b) transforma uma execução que se iniciou definitiva em provisória, mesmo após uma sentença que *confirmou* o título executivo, reforçando a presunção de existência da dívida, em inversão esdrúxula de valores: a *vitória* do exequente nos embargos à execução é, estranhamente, fato que gera uma *capitis diminutio* do seu título executivo, agora apto a legitimar apenas uma execução provisória; c) confere um despropositado

47. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2, p. 86.

48. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145.

49. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 438.

benefício ao executado vencido no julgamento dos embargos, em face de quem há um título executivo já reconhecido como válido e eficaz por um magistrado, após um processo de conhecimento instaurado com esse objetivo. Esse trecho do art. 587 do CPC, que contradiz o que está prescrito no n. 317 da súmula do STJ, é, em verdade, inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade: há uma desigualação injustificável e despropositada no tratamento entre exequente e executado. Além de ofender o princípio da igualdade, atenta contra o princípio da razoabilidade. Como se sabe, este dirige-se ao legislador: não deve o legislador editar normas que contenham previsões que destoem da razoabilidade. A razoabilidade trata da legitimidade da *escolha dos fins* em nome dos quais o Estado irá agir. Nesse caso do art. 587 do CPC, o fim escolhido pelo legislador não é legítimo, conferindo tratamento injustificável à execução fundada em título extrajudicial, desaguando na adoção de providência inefetiva, que causa um estorvo desnecessário ao exequente, cujo título documenta obrigação que se presume certa, líquida e exigível, presunção essa reforçada pela rejeição dos embargos do executado.

e) *Julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem*: nos termos do art. 7º da Lei nº 9.307/1996, que se refere à hipótese de furtar-se à celebração do compromisso arbitral qualquer das partes que subscrevessem a cláusula compromissória.

f) *Confirmar a antecipação da tutela*: quer tenha sido o provimento antecipatório dado antes, quer se japroferido no momento da prolação da sentença, a qual, por óbvio, o confirmaria. Caso, todavia, tenha sido concedida a tutela antecipada e, ao final, extinto o processo sem resolução do mérito ou julgado improcedente o pedido, está automaticamente revogada a medida antecipatória, aplicando-se, no particular, a mesma sistemática do enunciado 405 da Súmula do STF⁵⁰. Nessas hipóteses, a apelação tem duplo efeito, encaixando-se na regra geral do *caput* do art. 520 do CPC haja vista a falta de previsão legal em sentido contrário⁵¹. O efeito suspensivo da apelação, nesses casos, *não* tem o condão de restaurar a tutela antecipada anteriormente concedida. Nesse sentido, eis o entendimento do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ARRESTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA NA JUSTIÇA FEDERAL. MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELARCONCEDIDA. ADVENTO DA SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ FEDERAL, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E REVOGANDO, ÀS EXPRESSAS, A TUTELA ANTECIPADA. RECURSO PREJUDICADO,

50. “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dele interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

51. Assim, também, JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157-159.

AINDA QUE A APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA A SENTENÇA TENHA SIDO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO.

– Não restabelece a tutela antecipatória, expressamente revogada na sentença de improcedência, o fato de a apelação a ela interposta ter sido recebida nos dois efeitos”.⁵²

Convém lembrar, ainda, que somente em relação ao capítulo em que se confirmou/concedeu a tutela antecipada aplica-se o inciso VII do art. 520 do CPC⁵³. Por conseguinte, “a possibilidade de execução imediata da medida confirmada ou meramente antecipada em sentença deve ficar restrita aos efeitos antecipados, suspendendo-se os efeitos da sentença em relação ao que estiver fora dos limites da antecipação”.⁵⁴

g) *Decretar a interdição*: tendo em vista o art. 1.184, 1ª parte, CPC, e o art. 1.773 do CC-2002.

Não tendo a apelação, nessas hipóteses, efeito suspensivo, vale dizer que há execução imediata da sentença.

Há hipóteses na legislação extravagante em que a apelação não tem efeito suspensivo por força de lei: a) Lei de ação civil pública (art. 14 da Lei Federal n. 7.347/1985); b) sentença que concede o mandado de segurança (art. 14, § 3º, Lei n. 12.016/2009); c) sentença em ações de despejo (art. 58, inciso V, da Lei Federal n. 8.245/1991); d) sentença que conceder o *habeas data* (art. 15, par. ún., da Lei Federal n. 9.507/1997); e) sentença que deferir adoção, salvo se se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando (art. 199-A, Lei n. 8.069/1990) e a sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar (art. 199-B, Lei n. 8.069/1990).

4.5. Meios para concessão de efeito suspensivo à apelação

A legislação processual estabelece se o recurso terá, além do devolutivo, o efeito suspensivo. Trata-se do critério *ope legis* do efeito suspensivo. A apelação, como visto, tem, em regra, o efeito suspensivo, em razão da determinação legal (critério *ope legis*), sendo recebida apenas no efeito devolutivo, se a causa estiver

52. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 145.676/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.06.2005, DJ de 19.09.2005, p. 327. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE REVOGA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. EFEITOS DA APELAÇÃO. MERAMENTE DEVOLUTIVO NO QUE TOCA À ANTECIPAÇÃO. 1. A interpretação meramente gramatical do Art. 520, VII, do CPC quebra igualdade entre partes. 2. Eventual efeito suspensivo da apelação não atinge o dispositivo da sentença que tratou de antecipação da tutela, anteriormente concedida.” (Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 768.363/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/2/2008, DJ de 5/3/2008, p. 1).

53. DINAMARCO, Cândido. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 97.

54. GIANNICO, Marici, GIANNICO, Mauricio. “Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 411. Assim, também, CAMBI, Eduardo. “Efetividade da decisão recorrida e o efeito suspensivo dos recursos”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2006, v. 9, p. 129 ss.

enquadrada em uma das hipóteses relacionadas no art. 520 do CPC ou se assim dispuser norma de legislação extravagante.

Nos casos em que a apelação não possui o efeito suspensivo, poderá o juiz concedê-lo, *caso* haja requerimento da parte nesse sentido. Haverá, nesse caso, concessão de efeito suspensivo *ope judicis*.⁵⁵

O juiz somente poderá receber o recurso no efeito suspensivo se a lei assim determinar (critério *ope legis*) ou se a parte assim o requerer (critério *ope judicis*), preenchidos os pressupostos da verossimilhança das alegações e do perigo.⁵⁶ Na primeira hipótese, a atuação do juiz é feita *ex officio*, enquanto, na segunda, é necessário haver o requerimento da parte interessada. Na primeira hipótese, como a atuação se faz de ofício, caso o juiz tenha se equivocado e recebido o recurso no efeito diverso do que a lei estabelece, poderá corrigir o engano de ofício ou atendendo a mero requerimento da parte. Já na segunda hipótese, como o critério é *ope judicis*, não podendo haver atuação *ex officio*, o equívoco deverá ser corrigido por meio de recurso próprio dirigido contra a decisão relativa à concessão de efeito suspensivo ao recurso que não o tem.⁵⁷

O relator pode, no agravo de instrumento, conceder efeito suspensivo, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens e levantamento de dinheiro sem caução idônea. Afóra esses casos, a atual redação do art. 558 do CPC permite, ainda, que se empreste efeito suspensivo ao agravo de instrumento em todos os casos dos quais possa resultar grave lesão e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. O parágrafo único do referido art. 558 do CPC estende essa possibilidade de agregação de efeito suspensivo ao recurso de apelação, quando, nas hipóteses previstas no art. 520 daquele diploma, o mencionado recurso seja desprovido de efeito suspensivo. O disposto no parágrafo único do art. 558 do CPC aplica-se não somente aos casos do art. 520 do CPC, mas também a todos os outros em que a apelação seja desprovida de efeito suspensivo.⁵⁸

O pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação, fundado no parágrafo único do art. 558 do CPC, constitui, ao menos em sentido amplo, uma *medida cautelar*:

55. BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 299-373.

56. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 11.6.1., p. 286-288.

57. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 220.

58. BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 125.

Na eventualidade de o juiz receber a apelação apenas no efeito devolutivo, poderá o apelante interpor dessa decisão um recurso de agravo de instrumento, pretendendo a obtenção desse efeito suspensivo no tribunal.

O agravo de instrumento, nessa hipótese, contém previsão no *caput* do art. 522 do CPC.

Além dessa possibilidade de interposição de agravo de instrumento, há, ainda, outra opção: pode ser ajuizada cautelar, destinada a agregar efeito suspensivo à apelação.

A tão só interposição da apelação já é suficiente para considerar competente o tribunal (na pessoa do relator que for escolhido) para apreciar a cautelar que for preciso ser ajuizada.⁵⁹ Com efeito, interposta apelação, a cautelar, na dicção do parágrafo único do art. 800 do CPC, deve ser ajuizada diretamente no tribunal, não devendo ser dirigida ao juiz de primeira instância. Em outras palavras, estando a causa no tribunal ou já tendo sido interposta a apelação, não se dirige mais a cautelar para o juiz de primeira instância, *a não ser que* se trate de alimentos provisionais (CPC, art. 853) ou de atentado (CPC, art. 880, parágrafo único), que rigorosamente não são medidas cautelares.

Abstraídas essas últimas hipóteses, estando a causa no tribunal ou já tendo sido interposta a apelação, a cautelar deve ser intentada perante o tribunal. Nesse caso, tal cautelar desponta como um meio adequado à obtenção de efeito suspensivo à apelação que não o tem. O relator da cautelar ficará prevento para a apelação.

Não é esse, porém, o pensamento do STF, no que diz respeito à atribuição do efeito suspensivo a recurso extraordinário. Para o STF, a competência para examinar o pedido de efeito suspensivo só lhe é transferida após o primeiro juízo de admissibilidade do recurso, e não após a sua interposição (enunciados n. 634 e 635 da súmula do STF). Sobre o tema, ver item próprio no capítulo sobre os recursos extraordinários.

Diante do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, poderá o relator da cautelar, verificando ser relevante o fundamento da apelação e divisando o risco de grave lesão ou de difícil reparação, conceder a liminar destinada a comunicar efeito suspensivo à apelação que dele é desprovida.

Interposta a apelação, tendo sido esta recebida e já estando os autos principais no tribunal, parece não ser mais necessário ajuizar a ação cautelar. Basta ao apelante, com fundamento no parágrafo único do art. 558 do CPC, requerer ao

59. FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. “Competência para as ações cautelares depois de interposto recurso – art. 800, parágrafo único do CPC”. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 446.

relator que conceda o efeito suspensivo pretendido, em razão da coexistência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. É que tal requerimento caracteriza-se como uma *medida cautelar*; podendo ser veiculada numa *ação* cautelar ou nos próprios autos em que interposta a apelação.

Quando a apelação já tiver desencadeado a remessa dos autos ao tribunal, estando em poder do relator, não se afigura mais cabível a ação cautelar. É que o pedido de efeito suspensivo, fundado no parágrafo único do art. 800 do CPC, pode ser feito por mera petição, despontando a *desnecessidade* da propositura da ação cautelar. Nesse caso, faltarà à ação cautelar o indispensável interesse de agir, eis que este somente estará presente, se houver *necessidade* da providência jurisdicional.

Se a apelação for parcial, isto é, caso o apelante tenha se insurgido apenas contra uma parte da sentença, somente esta parte é que será objeto do efeito devolutivo, vindo a ser transferida ao conhecimento do tribunal. Quanto à parte não impugnada, restou não incluída na devolução do recurso, que será, nesse caso, parcial. Tal parte não impugnada irá transitar em julgado, passando a ser acobertada pela coisa julgada material. A cautelar que venha a ser intentada com finalidade diversa de obtenção de efeito suspensivo a recurso – e *que diga respeito a esta parte não impugnada* –, deverá, então, ser proposta perante o juízo que apreciou a causa em primeiro grau de jurisdição.⁶⁰ Note que essa cautelar não pode ser para a obtenção da suspensão da execução do capítulo da decisão não-recorrido, providência que somente poderia ser concedida pelo tribunal competente para a revisão dessa coisa julgada, sob pena de usurpação de competência. É possível, porém, imaginar uma medida cautelar preparatória da futura fase executiva.

Para conferir efeito suspensivo à apelação que não o tem, sobressaem 2 (duas) opções: (a) ajuizar uma ação cautelar diretamente no tribunal, com fulcro no parágrafo único do art. 800 do CPC, ou (b) aguardar a decisão do juiz que receber a apelação apenas no efeito devolutivo e dela interpor um agravo de instrumento, em cujas razões deve-se requerer a concessão do efeito suspensivo – *que se caracteriza, em verdade, como uma antecipação de tutela recursal* –, fundando-se no art. 527, III do CPC.

Tudo indica que tais medidas sejam concorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, contudo, que somente se afigura cabível o agravo de instrumento como meio destinado a conferir efeito suspensivo à apelação recebida apenas no efeito devolutivo, revelando-se inadequada a ação

60. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. VIII, t. I, n. 46, p. 162. No mesmo sentido: FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. “Competência para as ações cautelares depois de interposto recurso – art. 800, parágrafo único do CPC”. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 451.

cautelar, pois se estaria utilizando esta última medida como um *super* recurso, sem prazo para interposição, o que, no entender daquela Corte Superior, seria inadmissível.⁶¹

Não parece, contudo, que se deva afastar o cabimento da ação cautelar para obtenção de efeito suspensivo à apelação que não o tenha. Desponta, bem ao revés, admissível, na espécie, a ação cautelar. Realmente, as condições da ação estão presentes, sendo possível juridicamente o pedido, eis que encontra escoro no parágrafo único do art. 800 do CPC. A parte que interpôs o recurso afigura-se legítima para requerer a providência cautelar, sendo igualmente legítima a parte contrária, eis que beneficiária do ato judicial que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo.

A circunstância de existir a possibilidade de interpor um agravo de instrumento não subtrai a necessidade da ação cautelar, estando presente o interesse de agir. Trata-se de medidas concorrentes, podendo a parte valer-se tanto da ação cautelar como do agravo de instrumento. A cumulação dessas medidas não se afigura vedada pelo sistema. De acordo com a *regra da singularidade*, é proibida a interposição simultânea de mais de um *recurso* contra a mesma decisão, excepcionado apenas o ajuizamento conjunto de recurso especial e extraordinário. Acontece, porém, que a cautelar não é um recurso. Logo, não sendo recurso, não se submete à incidência da regra da singularidade, podendo ser ajuizada em conjunto com outro meio de impugnação.

A previsão de agravo de instrumento não retira, em tese, a necessidade da ação cautelar destinada a obter efeito suspensivo a apelação dele desprovida.

A ausência de interposição de agravo de instrumento contra a decisão do juiz de primeira instância que recebe a apelação apenas no efeito devolutivo *não* tem o condão de gerar *preclusão*, a inibir o ajuizamento da cautelar fundada no parágrafo único do art. 800 do CPC. A preclusão ostenta natureza *endoprocessual*, sendo *específica*, de sorte que atinge *apenas* aquela determinada situação jurídica processual. Assim, preclusa a oportunidade de interpor agravo de instrumento, caracterizou-se a perda do ônus processual de intentar tal recurso, não sendo atingidos com tal perda outras situações jurídicas processuais.

61. Eis o teor do seguinte julgado: “Processual Civil – Art. 523, § 4º e 558, parágrafo único do CPC – Interpretação – Admissibilidade de agravo de instrumento para conferir efeito suspensivo à apelação recebida somente no efeito devolutivo – Inadmissibilidade de ação cautelar – Recurso especial não conhecido. I – O art. 523, § 4º do CPC deve ser interpretado de forma a não frustrar a eficácia do processo. Dessa forma, contra decisão interlocutória que verse sobre os efeitos em que recebida a apelação, cabe o agravo de instrumento. II – Após a introdução do art. 558 e parágrafo único pela Lei nº 9.139/95, capaz de proporcionar ao recorrente a satisfação de sua pretensão de forma célere, a ação cautelar não tem lugar, até porque implicaria em aumento de prazo recursal, favorecendo uma das partes em detrimento da outra. III – Recurso especial não conhecido.” (Acórdão não unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 263.824/CE, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. p./acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19/03/2001, DJ de 18/06/2001, p. 151). No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO EM SEDE DE MANDAMUS. EFEITO DEVOLUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. O recurso adequado contra sentença proferida em writ é o de apelação e contra a decisão que define os efeitos do recebimento da apelação (suspensivo ou devolutivo) é o agravo de instrumento, não podendo ser substituído pela propositura de ação cautelar autônoma, máxime pela possibilidade de concessão imediata de efeito suspensivo ope iudicis, pelo relator. Recurso especial improvido.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 423.214/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/06/2002, DJ de 19/08/2002, p. 149).

Tudo está a demonstrar, portanto, que se afigura cabível a ação cautelar, fundada no parágrafo único do art. 800 do CPC, para dar efeito suspensivo à apelação.

O argumento de que, a se admitir a cautelar para emprestar efeito suspensivo à apelação, estaria a conferir à parte um *super* recurso sem prazo de interposição, não resiste à constatação de que a jurisdição cautelar apresenta-se inerente ao exercício da própria jurisdição. Efetivamente, em virtude da norma inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo a qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, passou-se a entender que, a par da jurisdição tradicional, que se relaciona com o reconhecimento de direitos postulados, surge uma jurisdição cautelar.

Mesmo que persista o entendimento restritivo do STJ em não admitir a cautelares destinada a comunicar efeito suspensivo à apelação, não se deverá negar o manejo de tal medida de urgência quando, não tendo o juiz ainda proferido a decisão relativa aos efeitos da apelação, surja a necessidade imediata de se obter uma medida urgente. Nesse caso, e para que se atenda à orientação do STJ, restaria concluir que a cautelar, fundada no parágrafo único do art. 800 do CPC, seria cabível entre a *interposição* da apelação e a *decisão* do juiz relativa aos efeitos em que a receberá. De igual modo, e para ser coerente com a orientação do STJ, de forma a preservar a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, afigura-se cabível a cautelar, quando, mesmo já tendo sido proferida a decisão relativa aos efeitos da apelação, a *urgência* tenha surgido *após* o escoamento do prazo para a interposição do agravo de instrumento.

Nessas hipóteses, não há como afastar o cabimento da cautelar, ainda que persista o entendimento restritivo do STJ, sob pena de grave ofensa ao já mencionado princípio contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Além desses mecanismos (agravo de instrumento e cautelar), que são concorrentes, cumpre lembrar que, em se tratando de pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público ou, ainda, de concessionária de serviço público, é possível o ajuizamento de suspensão de segurança, destinada a suspender a sentença, servindo, em última análise, para agregar efeito suspensivo à apelação. Sobre o assunto, há capítulo próprio neste volume do *Curso* a respeito da suspensão de segurança.

5. QUESTÕES ANTERIORES À SENTENÇA AINDA NÃO DECIDIDAS (CPC, ART. 516)

O art. 516 do CPC cuida, também, da profundidade do efeito devolutivo. Está assim redigido: “Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas”. Existem, basicamente, duas correntes doutrinárias sobre a interpretação do art. 516 do CPC, cada uma capitaneada por dois dos maiores especialistas brasileiros em recursos.

Para Barbosa Moreira, o art. 516 cuida das *questões incidentes*, “*anteriores à sentença*”, cuja solução não influi no resultado do julgamento (ex.: impugnação ao valor da causa ou ao benefício da gratuidade), e que foram ou poderiam ter sido

suscitadas, mas não chegaram a ser resolvidas (por decisão interlocutória atacável por agravo)⁶². Restaram em aberto. Segundo o dispositivo em comento, o tribunal *ad quem*, ao julgar recurso contra sentença, em vez de devolver o processo para que o órgão *a quo* se debruce sobre a esquecida questão incidental, deve solucioná-la na segunda instância, antes de julgar a questão principal do apelo. E sua solução, por óbvio, comporia a fundamentação do acórdão do *ad quem*⁶³.

“Significa, portanto, que o artigo ora comentado está a se referir àquelas questões que deveriam ter sido resolvidas por decisão interlocutória, mas não foram, ficaram soltas nos autos. Podem (ou melhor devem) elas ser apreciadas e decididas pelo tribunal quando do julgamento da apelação”⁶⁴.

Nelson Nery Jr. adota posição diametralmente oposta, entendendo que o artigo deveria referir-se às questões decididas, de ordem pública, a cujo respeito não se operou a preclusão. Daí por que, no seu entender, a inovação do artigo foi inócua: as questões ainda não decididas já estariam devolvidas ao tribunal por força do artigo 515, §§ 1º e 2º do CPC. O pensamento de Nelson Nery Jr. parte da premissa de que a solução das questões de ordem pública não se submete a preclusão – pensamento rejeitado expressamente por um dos autores desse curso, em sua tese de doutoramento⁶⁵. Assim, o referido professor afirma que as *questões não decididas* subiriam por força dos §§ do art. 515 e as *questões decididas*, anteriores à sentença, a cujo respeito não se operou a preclusão, subiriam por força do art. 516⁶⁶.

O legislador adotou expressamente a concepção de Barbosa Moreira.

6. A INOVAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO

Vige no direito brasileiro a proibição, em regra, do *ius novorum* em sede recursal. O *ius novorum* é a possibilidade de inovar em segunda instância.

O art. 517 do CPC, contudo, permite que o apelante/apelado suscite questões de fato novas, desde que prove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

62. “É manifesto equívoco supor que o dispositivo sob exame – seja na redação anterior, seja na atual – interfira de algum modo na disciplina da matéria regulada pelo art. 515. Na realidade, trata-se de assuntos diversos: o art. 516 diz respeito a questões “anteriores à sentença”, isto é, a questões incidentes, que antes dela não apenas foram (ou poderiam ter sido) suscitadas, mas eram passíveis de apreciação (em decisão interlocutória); não diz respeito a questões cuja solução possa influir no teor do julgamento, no sentido em que se vai sentenciar, e por isso devam ser enfrentadas na própria fundamentação da sentença. Esquecer tal diferença é perder-se em labirinto sem saída”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5, p. 450).

63. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. 5, p. 450-451.

64. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 142.

65. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-93.

66. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 974.

No caso, trata-se de questões de fato insuscetíveis de apreciação de ofício, invocadas apenas no juízo de apelação por pessoa que já era parte no procedimento de primeiro grau. Eis o texto normativo: “As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

O art. 517 do CPC não trata do efeito devolutivo da apelação, pois não se refere a questões já submetidas ao juízo de primeira instância, aludindo, em verdade, a pontos inéditos, ainda não submetidos, naquele processo, ao conhecimento do órgão jurisdicional. O dispositivo permite a alegação de novo fundamento de fato, desde que demonstrado um motivo de força maior. *A contrario sensu*, não se admite a inovação, em matéria de fato, no âmbito do recurso de apelação. Essa regra, contida no referido art. 517 do CPC, tem por finalidade obstar a deslealdade processual, coibindo o intuito de ocultação e o desiderato de surpreender a parte contrária, com alegações de fato que não foram, oportunamente, apresentadas. É evidente, portanto, que o art. 517 do CPC decorre da boa fé objetiva e do dever geral lealdade processual, de sorte que somente se permite a inovação, na apelação, em matéria de fato, se efetivamente restar comprovado um motivo de força maior.⁶⁷

A prova dos fatos novos pode ser feita por documentos. Nesse caso, impõe-se instaurar o contraditório, intimando-se a parte contrária para sobre eles pronunciar-se em cinco dias (CPC, art. 398). Se, todavia, a prova for feita por outro meio, poderá ser produzida ou colhida no próprio tribunal, a cargo do relator, o qual poderá, alternativamente, delegar a um juízo de primeira instância, aplicando-se analogicamente o art. 492 do CPC – ver o item dedicado à produção de prova em procedimento recursal, no capítulo relativo à ordem do processo nos tribunais.

A lei não proíbe a juntada de documento novo referente a fato velho, desde que se demonstre que ele não pôde ter sido juntado antes.

Além disso, é possível invocar questões de fato novas, relacionadas aos arts. 303 e 462 do CPC, bem como escapam da proibição “as questões de fato porventura suscitadas, pela primeira vez, na apelação do terceiro prejudicado”⁶⁸.

Há questões de direito que também podem ser suscitadas em grau de apelação. São aquelas que “comportam apreciação a qualquer momento, seja qual for o grau de jurisdição, e independentemente de provocação da parte”,⁶⁹ como as questões de ordem pública (art. 267, § 3º, CPC). Cumpre lembrar, com Barbosa Moreira, “a impossibilidade de inovar a causa no juízo da apelação, em que é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão *a quo* (inclusive

67. Nesse sentido, PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Recursos de apelação: amplitude do efeito devolutivo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 180.

68. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. cit., p. 453.

69. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 453.

declaração incidental), ou – sem prejuízo do disposto no art. 462, aplicável também em segundo grau – invocar outra *causa petendi*, sendo irrelevante a anuência do adversário”⁷⁰.

O art. 517 do CPC aplica-se apenas às partes, não devendo incidir no recurso de terceiro, pois não tendo participado do processo, não poderia, antes, ter suscitado qualquer questão de fato perante o órgão de primeira instância. Quer isso dizer que o art. 517 do CPC não se aplica ao terceiro, podendo este invocar fundamento de fato ainda não apresentado no processo, mesmo que não haja um motivo de força maior.⁷¹ Como o dispositivo decorre da boa fé objetiva, e considerando que esta consiste numa avaliação comportamental, não há qualquer contradição ou comportamento indevido do terceiro que, prejudicado com a decisão, recorre, alegando fundamento de fato ainda não invocado. Não incide, portanto, o art. 517 do CPC ao recurso de terceiro.

7. PROCEDIMENTO

7.1. Procedimento em primeira instância. A súmula impeditiva de recurso

A apelação, que se sujeita ao prazo de quinze dias e, via de regra, ao preparo, deve ser interposta por petição escrita perante o juízo de primeira instância que proferiu a sentença atacada. Juntada a apelação aos autos, deve ser logo encaminhada ao juiz para que possa analisar sua admissibilidade.

Não é lícito ao juízo *a quo*, perante quem se interpõe a apelação, apreciar-lhe o mérito. Incumbe-lhe, apenas, controlar a sua admissibilidade. Nas causas que tramitam sob o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a apelação permite o juízo de retratação (Lei Federal n. 8.069/1990, art. 198, VII). Também é possível o juízo de retratação na apelação contra sentença que indefere a petição inicial (CPC, art. 285-A, § 1º, e art. 296).

“O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (§ 1º do art. 518 do CPC). Trata-se de mais um dispositivo que decorre do sistema de força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente daquelas teses já consagradas na súmula da sua jurisprudência predominante.

Com efeito, como restará demonstrado adiante, distribuída a apelação ao relator, esse poderá negar-lhe seguimento, quando já houver súmula de tribunal

70. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. cit., p. 431.

71. PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Recursos de apelação: amplitude do efeito devolutivo*. cit., p. 181.

superior (CPC, art. 557), podendo, igualmente e pelas mesmas razões, negar seguimento ao reexame necessário (súmula do STJ, n. 253) – ver, a propósito, o capítulo sobre reexame necessário.

Quando há súmula de tribunal superior, é muito provável que o relator negue seguimento ao reexame necessário ou à apelação. Nesse caso, há apenas um exercício de inutilidade: o juiz autoriza o encaminhamento da apelação ou submete a sentença ao reexame necessário. O relator, valendo-se do que lhe autoriza o art. 557 do CPC, nega seguimento à apelação ou ao reexame necessário.

Para evitar esse gasto inútil de tempo, o § 3º do art. 475 do CPC prevê que o juiz já pode dispensar o reexame necessário, quando a sentença estiver fundada em súmula do tribunal superior. Ora, mantendo unidade e coerência sistemática, se o juiz pode dispensar o reexame necessário no caso de a sentença fundar-se em súmula de tribunal superior, cabe-lhe também não admitir o recurso de apelação, caso já haja súmula de tribunal superior a respeito do tema. Do mesmo modo, se o juízo de admissibilidade da apelação é feito também pelo juízo *a quo*, é natural que se lhe estenda o poder previsto no art. 557 do CPC, conferido ao relator, para proferir juízo de inadmissibilidade da apelação quando estiver em desconformidade com texto sumulado por tribunal superior.

O § 1º do art. 518 do CPC não se aplica em cinco situações: *a)* se a apelação tiver por fundamento *error in procedendo*, pretendendo o apelante invalidar a decisão judicial; *b)* se o apelante discutir a incidência da súmula no caso concreto: neste caso, o recorrente não discute a tese jurídica sumulada: alega, isso sim, que o caso não se subsume à hipótese normativa consolidada jurisprudencialmente (procede ao *distinguishing*; sobre o assunto, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste Curso); *c)* se o apelante trazer em suas razões fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram o enunciado da súmula do STF ou STJ, que permitam o *overruling* do precedente (ver texto centralizado abaixo); *d)* se houver choque de enunciados do STF e do STJ sobre o mesmo tema⁷²; *e)* se, embora sem choque entre enunciados dos tribunais superiores,

72. GARCEZ, Luiza Maria Gonçalves. *Art. 518, § 1º, do CPC: súmula impeditiva de recurso*. Monografia de conclusão de curso. Salvador, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2007, p. 54-55. Até a 8ª edição deste volume, dava-se o exemplo do choque entre o enunciado 84 da súmula do STJ e o 621 da súmula do STF. Em tal exemplo, verifica-se que é do STJ a competência institucional para tratar dessa matéria. O STF, nesse assunto, não figura como órgão de superposição, de sorte que, pelo recurso extraordinário, não poderá a questão ser examinada pela Corte Suprema. Há, na realidade, um aparente conflito entre os enunciados da súmula do STF e do STJ. Nessa hipótese, aplica-se a súmula do STJ, e não a do STF, devendo o juiz negar seguimento à apelação, caso a sentença apóie-se na orientação ministrada pelo STJ.

houver divergência manifesta de posicionamento entre o enunciado de um e a jurisprudência dominante do outro.

Chama-se, na doutrina do *common law*, *overruling* a superação de um precedente, por se o entender equivocado ou ultrapassado. Baseado nas explicações de Reynolds, Marcelo Alves Dias de Souza esclarece que as cortes americanas “acreditam que têm o poder de mudar seus pensamentos, banir casos desacreditados, desgastados pelo tempo, e tecer novas decisões na rede sem costura que é o Direito”.⁷³ Ainda segundo Marcelo Alves Dias de Souza, “não se pode esconder a verdadeira revolução que é o *overruling* no que diz respeito à matéria objeto do precedente revogado. Como explica Sotelo, se levado às últimas consequências, ‘o *overruling* equivale a uma declaração pública, *coram populi*, de que todos os casos precedentemente decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinham sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro Direito”.⁷⁴

“A decisão que acolhe nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante”⁷⁵. O *overruling* implica uma revogação expressa do precedente, podendo haver, também, a revogação implícita, quando simplesmente se decide contrariamente ao precedente anterior ou quando se argumentar que a decisão não se sustenta diante de uma decisão posterior de uma corte superior.⁷⁶ Como esclarece Leonardo Greco, o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.⁷⁷

A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.

A mudança de orientação pode ter eficácia retroativa, para atingir as situações consolidadas sob a vigência do precedente anterior (*retrospective overruling*, na linguagem da *common law*). Trata-se de técnica que somente deve ser aplicada se a duração do precedente superado for muito curta. Mais comum é o *prospective overruling*, em que a mudança de precedente opera apenas para as situações que surjam a partir dessa decisão, dali para frente (eficácia *ex nunc*).

Não admitida a apelação pelo juízo *a quo*, cabe agravo de instrumento pelo apelante (art. 522 do CPC). Em encontro promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, defendeu ser possível aplicar-se, analogicamente, a esse agravo de instrumento

73. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, n. 10.4.5, p. 149.

74. *Idem*, p. 150.

75. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 179.

76. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, n. 10.4.5.2, p. 153.

77. GRECO, Leonardo. “Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 10, p. 46.

a regra contida no antigo § 3º (atual § 4º, após a Lei n. 12.322/2010) do art. 544 do CPC, de sorte que pode o relator, se a sentença estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, conhecer do agravo para já dar provimento à própria apelação, ou determinar a conversão do agravo de instrumento em apelação, observando-se, daí em diante, o procedimento desta, com revisor, inclusão em pauta, sustentação oral etc.

Esse entendimento ajusta-se às ideias manifestadas no presente livro, concretizando a instrumentalidade do processo e, de igual modo, o chamado processo civil de resultados, que se destina à obtenção de uma solução mais rápida, eficaz e ágil. Atende-se, enfim, ao espírito das últimas reformas levadas a efeito no Código de Processo Civil, garantindo o direito, constitucionalmente assegurado, a um processo com duração razoável. Em suma, é possível que o relator, no agravo de instrumento interposto contra a decisão do juiz que, com base no § 1º do art. 518 do CPC, inadmita a apelação, já aprecie esta, nos termos do que dispõe o art. 544, § 4º do CPC.

Na verdade, quando o juiz aplica o § 1º do art. 518 do CPC, ele está a negar seguimento à apelação por razões de mérito; pode-se dizer que se conferiu ao juiz, nesse caso, competência para julgar o mérito da apelação. O juiz, em outras palavras, estará negando provimento à apelação. Daí por que o tribunal já pode apreciar a sentença, no agravo de instrumento interposto dessa decisão do juiz, modificando-a. Sendo certo que o juiz, ao aplicar o § 1º do art. 518 do CPC, julga o mérito da apelação, o subsequente agravo de instrumento tem, em seu efeito devolutivo, inserida essa própria matéria de mérito, já podendo rever, ali mesmo, a sentença.

Admitida a apelação, o juiz deve declarar em que efeitos a recebe, determinando a intimação da parte contrária para que ofereça suas contrarrazões. Oferecidas as contrarrazões, devem os autos ser, uma vez mais, encaminhados ao juiz para que possa reapreciar, em cinco dias, a admissibilidade da apelação (CPC, art. 518, § 2º). Se, ao reexaminar os requisitos de admissibilidade, o juiz verificar a ausência de algum deles, deverá negar seguimento à apelação, daí cabendo agravo de instrumento pelo apelante.

7.2. Procedimento no tribunal

Do contrário, ou seja, mantido o juízo positivo de admissibilidade da apelação, os autos seguirão ao órgão *ad quem* para que haja distribuição. A apelação tem, geralmente, um relator e um revisor (CPC, art. 551), devendo ser julgada por órgão composto por três membros (CPC, art. 555). Há casos, contudo, em que se dispensa o revisor, de forma que a apelação terá apenas relator: quando a

apelação for interposta em causa que tramite pelo rito sumário, quando se tratar de apelação contra o indeferimento da petição inicial ou quando se tratar de ação de despejo (CPC, art. 551, § 3º). Além dessas hipóteses, não há revisor na apelação interposta em execução fiscal (Lei nº 6.830/1980, art. 35)⁷⁸. Nos casos de apelação contra sentença que indefere a petição inicial com resolução do mérito (art. 285-A e art. 295, IV, CPC), é razoável a interpretação que exige a figura do revisor, ao lado do relator, não incidindo a regra que dispensa a sua presença.

Distribuída a apelação, os autos seguem conclusos ao relator. Ao examiná-la, este poderá, aplicando o art. 557 do CPC, já lhe negar seguimento ou provimento, por ser intempestiva, deserta, inadmissível, manifestamente improcedente ou contrária a súmula ou jurisprudência de tribunal superior ou do próprio tribunal. Diversamente, poderá o relator, aplicando o § 1º-A do art. 557 do CPC, já lhe dar provimento, quando a apelação estiver de acordo com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior.

Em qualquer uma dessas hipóteses, cabe agravo interno, no prazo de cinco dias, a ser julgado pelo colegiado competente para a apreciação da apelação, se o relator não reconsiderar sua decisão.⁷⁹

Não sendo hipótese de aplicação do art. 557 do CPC, deverá o relator estudar o caso, elaborando o relatório e, em seguida, determinando a remessa dos autos ao revisor, a quem competirá apor seu visto nos autos e pedir inclusão do feito em pauta de julgamento. Nos casos em que não há revisor, é o próprio relator quem pede a inclusão do feito em pauta.

Feita a inclusão em pauta, esta deve ser publicada no Diário de Justiça com antecedência mínima de quarenta e oito horas da sessão de julgamento, sob pena de nulidade (súmula do STJ, enunciado n. 117).

No julgamento colegiado, deverá o relator ler seu relatório, após o que os advogados poderão sustentar oralmente suas razões, daí se seguindo a colheita dos votos, com o anúncio do resultado. Depois, lavra-se o acórdão, do qual deve constar a ementa.

78. “É discutível se a apelação em mandado de segurança tem ou não revisor. Ao julgar o AgRg no Ag 620.149/RJ, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, a 6ª Turma do STJ entendeu que não há revisor na apelação em mandado de segurança (j. 16/3/2006, DJ de 3/4/2006, p. 429)”.

A questão, ao que parece, foi resolvida pela Lei n. 12.016/2009, pois o § 1º do seu art. 20 determina que o processo do mandado de segurança deverá ser levado a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que for concluso ao relator, sem mencionar a revisão.

79. Se a apelação foi recebida no duplo efeito e o relator, aplicando o art. 557, negou-lhe seguimento, o agravo interno que vier a ser interposto terá também duplo efeito. É que a apelação não foi, ainda, julgada em definitivo; falta o acórdão do colegiado.

7.3. Correção de defeitos processuais no procedimento da apelação

Recente alteração legislativa prevê, expressamente, a possibilidade de o tribunal corrigir defeitos processuais em sede de apelação. Trata-se do §4º do art. 515 do CPC: “§ 4º. Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”. É dispositivo importante, pois consagra a ideia de que todo defeito processual deve ser corrigido, mesmo em instância recursal; está em total consonância com o sistema das invalidades processuais do CPC.

O dispositivo somente se aplica para sanar vícios, não incidindo quando o vício já tiver sido convalidado ou atingida a finalidade do ato. Com efeito, “... o § 4º do art. 515 do CPC não se aplica se o vício já tiver sido convalidado pela preclusão ou sanado pelo atingimento da finalidade ou pela ausência de prejuízo. Não havendo sanação do vício, e sendo possível obtê-la pela prática ou renovação do ato, deve, então, o tribunal, em vez de anulá-lo, aplicar o referido dispositivo, ordenando seja o ato praticado ou renovado, obtendo-se, assim, sua sanação”.⁸⁰ Não obstante o dispositivo contenha a expressão “poderá determinar”, cumpre que se confira sentido cogente à regra para se entender que o tribunal “determinará” a prática ou renovação do ato.⁸¹ Não sendo possível, contudo, sanar o vício, caberá, então, ao tribunal anular a decisão recorrida para que seja determinada sua renovação pelo juízo *a quo*. Se, por exemplo, foi reconhecido ser indevido o julgamento antecipado da lide, tendo havido rematado cerceamento de defesa, impõe-se anular a sentença para que o juiz conduza a instrução e, somente então, profira nova sentença.⁸² Se o vício está na própria sentença, ou seja, trata-se de um vício intrínseco à sentença, não contendo, por exemplo, fundamento ou tendo sido proferida *extra petita*, também não há como aplicar o § 4º do art. 515 do CPC, devendo-se, isto sim, anular a sentença, com a determinação de retorno dos autos ao juízo *a quo* para prolação de outra que não contenha o vício.⁸³

80. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4º do art. 515 do CPC)”. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*; MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; Luiz Manoel Gomes Júnior (coords.). São Paulo: 2008, p. 764.

81. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 141.

82. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, n. 2.10.2, p. 257. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4º do art. 515 do CPC)”, cit., p. 765.

83. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4º do art. 515 do CPC)”, cit., p. 765.

Antes da inserção de tal dispositivo, a praxe revelava que, verificada, por ocasião do julgamento da apelação, defeito sanável do procedimento, o tribunal dava-lhe provimento para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, a fim de que se repetisse o ato anulado e os demais que dele decorriam, proferindo-se nova sentença, daí se seguindo nova apelação etc.

Com o advento de tal regra, sendo o defeito sanável (e talvez todos os defeitos processuais sejam sanáveis – cf. capítulo sobre invalidades processuais no v. 1 deste curso), não se faz mais necessária a invalidação da sentença, com a repetição dos atos atingidos pela decretação da invalidade. Agora, verificado o defeito do procedimento, determina-se o sobrestamento do julgamento da apelação para que seja suprido o vício, retomando-se, em seguida, o julgamento no tribunal. A adoção desse expediente acarreta ganho de tempo, com racionalização no julgamento, atendendo, em última análise, ao princípio constitucional da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII)⁸⁴.

Imagine-se, por exemplo, que o juiz proferiu sentença de procedência, baseando-se num documento juntado pelo autor, sem que tivesse sido intimado o réu para sobre ele manifestar-se. Interposta a apelação pelo réu, este requer a nulidade da sentença, por não ter tido oportunidade de manifestar-se sobre o documento, restando violado o art. 398 do CPC e, de resto, o princípio constitucional do contraditório. Nesse caso, o tribunal, em vez de anular a sentença para que o juiz determine a intimação do réu e, somente depois, profira outra, irá sobrestar o julgamento da apelação, ordenando a intimação do réu para que possa manifestar-se sobre o documento. Com a manifestação do apelante, que sana o defeito, o tribunal terá novos elementos para manter ou reformar a sentença. Outro exemplo: em determinada demanda em que se fazia necessária a participação do Ministério Público, este não fora intimado. É pacífico o entendimento, segundo o qual a manifestação do *Parquet* de segunda instância supre a falta de participação daquele que atua na primeira instância⁸⁵. Se, por exemplo, não tiver havido participação nem na primeira nem na segunda instância, o tribunal, ao julgar a apelação, aplicando o § 4º do art. 515 do CPC, em vez de anular todo o procedimento para que tudo se reproduza, desta feita com a participação do

84. A obediência ao princípio da “duração razoável” do processo, como fundamental componente do “justo processo”, não deve ser controlada em cada caso, devendo, isto sim, ser analisada a legitimidade das disposições normativas, que, em abstrato, prevêm no processo formalidades irracionais ou inúteis (CO-MOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 87).

85. Conferir, dentre tantos precedentes, o acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp n. 604.264/RN, rel. Min. Castro Meira, j. 6.12.2005, publicado no DJ de 1.2.2006, p. 481.

Ministério Público, pode sobrestar o julgamento, convertendo-o em diligência para que, intimado o *Parquet* de segunda instância, possa esse manifestar-se, suprimindo a ausência, com o que resta sanado o defeito.

É possível pensar, ainda, no suprimento de um defeito de representação (art. 13 do CPC): juntada da procuração ou juntada do estatuto social da pessoa jurídica, p. ex.

Na verdade, os tribunais sempre puderam adotar esse expediente, bastando que aplicassem as regras do sistema de invalidades do CPC. De todo modo, o dispositivo deixa evidente a possibilidade de assim atuar o tribunal, revelando-se uma boa regra de racionalização de julgamento no âmbito recursal.

O dispositivo, embora faça parte do capítulo sobre apelação, aplica-se a qualquer recurso, inclusive ao agravo de instrumento, notadamente no que diz respeito à ausência de alguma cópia que o deva instruir. Segue-se a tradição de nosso direito: emprestar às regras da apelação a abrangência de regras gerais, ressalvada regra especial em sentido contrário, que, no caso, não existe.

CAPÍTULO III

AGRAVO

Sumário • 1. O agravo no CPC de 1973 – 2. O agravo retido – 3. Impossibilidade de o recorrente optar pelo agravo retido ou pelo agravo de instrumento. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido por decisão do relator – 4. O agravo de instrumento: 4.1. Peças obrigatórias; 4.2. As peças facultativas; 4.3. As peças essenciais ou necessárias; 4.4. Desnecessidade de autenticação; 4.5. Comprovação da interposição do agravo de instrumento (art. 526, parágrafo único, CPC); 4.6. Procedimento do agravo de instrumento; 4.7. Considerações sobre o agravo contra a decisão do relator. Inviabilidade do agravo interno contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal; 4.8. Extinção do processo em julgamento de agravo de instrumento; 4.9. Agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença; 4.10. Agravo de instrumento contra decisão que trata da compensação de créditos da dívida ativa com precatórios (Lei Federal n. 12.431/2011).

1. O AGRAVO NO CPC DE 1973

O CPC de 1973, em sua sistemática originária, passou a prever o agravo de instrumento como recurso cabível contra *qualquer* decisão interlocutória. Na verdade, o recurso era o de agravo de instrumento, que teria uma outra modalidade: o agravo retido. Ao agravante era conferida a opção de escolha entre interpor o agravo de instrumento e o agravo retido.

O recurso de agravo sofreu grandes modificações com a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995. O recurso, que era denominado de agravo de instrumento, passou a receber a designação genérica de agravo.

A partir daí, passou-se a entender que o recurso era o de *agravo*. Significa que o recurso é um só: o agravo. Este, contudo, pode ser interposto sob as modalidades de agravo retido, agravo de instrumento ou apenas agravo.

Será apenas ou simplesmente agravo, “quando interposto imediatamente nos mesmos autos em que a decisão recorrida foi proferida, sendo desnecessária a formação do instrumento, por já se encontrarem os autos no tribunal onde deverá ser apreciado o mérito do recurso. É o caso, por exemplo, do chamado agravo ‘regimental’ ou ‘agrinho’, interposto contra decisão do relator, que tem seu processamento previsto em regimento interno do tribunal e que prescinde da formação do instrumento, eis que os autos onde é interposto já se encontram no tribunal onde será apreciado pela câmara ou turma julgadora, sem necessidade de deslocamento físico do recurso para outro tribunal”¹.

1. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 127-128.

O agravo, que, na sistemática originária do CPC de 1973, era interposto no prazo de 5 (cinco) dias, passou, com o advento da Lei nº 9.139/1995, a submeter-se ao prazo de 10 (dez) dias, tanto o retido como o de instrumento. Quanto ao agravo interno, cabível contra decisões isoladas de relatores nos tribunais, seu prazo continuou a ser de 5 (cinco) dias.

2. O AGRAVO RETIDO

Relativamente ao agravo retido, sabe-se que, uma vez interposto, deverá ficar mantido nos autos, somente devendo ser processado e julgado pelo tribunal, caso não haja retratação imediata do juízo de primeiro grau e desde que a parte o reitere para que o tribunal, quando do eventual julgamento da apelação, dele conheça (CPC, art. 523). Significa que não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou contrarrazões da apelação, sua apreciação pelo tribunal (CPC, art. 523, § 1º).

O agravo retido independe de preparo (CPC, art. 522, parágrafo único), estando disciplinado no art. 523 do CPC.

Interposto o agravo retido, deve ser colhida a resposta do agravado, com a possibilidade de o juiz retratar-se. Não exercida a retratação, o agravo ficará retido nos autos para, havendo reiteração, ser julgado, preliminarmente, na mesma sessão em que for apreciada a apelação.

O art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei nº 11.187/2005, dispõe caber das decisões interlocutórias agravo retido, no prazo de 10 (dez) dias. Somente caberá agravo de instrumento, na dicção do referido dispositivo, “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

Da decisão interlocutória cabe agravo retido, somente devendo ser interposto o agravo de instrumento, quando a questão envolver risco de lesão grave ou de difícil reparação, ou houver previsão legal específica ou o agravo retido revelar-se inadequado. Não há opção do agravante: ou o caso é de agravo retido ou é de agravo de instrumento. Mais adiante há um item dedicado a examinar esse tema. A redação do art. 522 do CPC dá a entender que o agravo retido é a regra e o agravo de instrumento, a exceção. Não é bem assim: há, atualmente, regras de cabimento de agravo retido e regras de cabimento de agravo de instrumento. Não se pode dizer que há uma primazia para o primeiro. O certo é que não há mais opção para o agravante. Embora sem dados, pode-se até intuir que o número de agravos de instrumento, na prática, é bem maior do que o número de agravos retidos.

De observar-se, desde logo, que o *caput* do art. 522 do CPC, na redação que lhe emprestou a Lei nº 11.187/2005, absorveu a previsão contida no § 4º do art. 523 do mesmo diploma processual, razão pela qual este último restou expressamente revogado.

Mesmo que não seja caso de agravo de instrumento, vindo este a ser interposto, o relator deverá convertê-lo em agravo retido (CPC, art. 527, II).

O agravo retido somente pode ser interposto em processo de conhecimento ou cautelar. O agravo retido é incompatível com a sistemática do processo de execução, de sorte que somente cabe, no processo de execução, agravo de instrumento, não se revelando admissível o agravo retido². É que, na execução, o pedido da parte é atendido com a satisfação do crédito. A sentença apenas declara a *anterior* satisfação do crédito, pondo termo ao processo; não há mais nada a ser feito. Enfim, não se compatibiliza com a execução o agravo retido. Interposto o agravo retido, não há mais como reiterá-lo, pois, sobrevindo sentença, já se satisfaz o crédito. Não é sem razão, aliás, que o recurso especial e o recurso extraordinário retidos não cabem em processo de execução (CPC, art. 542, § 3º).

No processo cautelar, a despeito da urgência que lhe caracteriza, é possível imaginar hipóteses de decisões interlocutórias impugnáveis por agravo retido, como é o caso das decisões sobre a produção da prova.

Interposto o agravo retido, o agravado será intimado para apresentar sua resposta no prazo de 10 (dez) dias, ou seja, não há diferença entre o prazo para interpor o recurso e o destinado à oferta de suas contrarrazões; poderá o juiz exercer a retratação.

O § 3º do art. 523 do CPC, na redação dada pela Lei nº 11.187/2005, impõe a interposição *oral* do agravo retido das decisões proferidas em audiência *de instrução e julgamento*. Como se vê, em se tratando de audiência de instrução e julgamento, das decisões ali proferidas cabe agravo retido *oral*, devendo as razões recursais constar do próprio termo de audiência (CPC, art. 457). Da mesma forma que as perguntas que o juiz indeferir devem ser obrigatoriamente transcritas no termo de audiência (CPC, art. 416, § 2º), as razões do agravo retido devem igualmente constar do referido termo. Embora a lei não mencione, parece que esse regime também é aplicável no caso em que a decisão interlocutória é proferida em audiência preliminar (art. 331 do CPC), já que a *ratio legis* é a mesma: prestigiar a oralidade e a celeridade.

2. Assim, também, JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 177.

Proferida decisão em audiência, o agravo deve ser retido e oral, interposto imediatamente, ou seja, antes de encerrada a audiência. Caso a audiência se encerre sem que tenha sido interposto o agravo, haverá preclusão. Se, contudo, surgir hipótese de urgência ou de lesão grave ou de difícil reparação, caberá agravo de instrumento, e não agravo retido. É possível que o relator não repare o caso urgente, por não ter a parte demonstrado a ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação. Nesse caso, o relator deverá negar seguimento ao agravo, e não determinar sua conversão em retido, eis que se revelará inadmissível, mercê da preclusão.

Não havendo urgência, o relator não deve determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, cabendo-lhe, isto sim, não o admitir. Segundo Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi, não poderia ser diferente, sob pena de se tornar ineficaz o disposto no § 3º do art. 523 do CPC, "... pois, certamente, a parte prejudicada, em vez de agravar oral e imediatamente na audiência, deixaria para interpor o agravo de instrumento sob o manto de uma pretensa lesão, pois, caso não restasse configurada, o relator converteria o agravo de instrumento em agravo retido, sem qualquer prejuízo ao recorrente, pelo menos nesse particular"³.

Não é suficiente que a parte peça que se consigne no termo de audiência seu protesto ou inconformismo. Faz-se necessária a transcrição das razões recursais e do pedido de nova decisão, sob pena de não se atender ao requisito da regularidade formal, próprio dos recursos. Realmente, cabe ao agravante discorrer sobre as razões pelas quais se impõe, no seu entender, a reforma ou a anulação da decisão proferida na audiência, devendo demonstrar os supostos *errores in procedendo* ou *in iudicando* eventualmente cometidos pelo juiz para, então, requerer a anulação ou a reforma da decisão. Tais razões devem constar do termo de audiência, sob pena de o agravo retido não ser conhecido pelo tribunal.

A exigência de o agravo retido ser oral põe em relevo o princípio da oralidade, do qual decorrem os princípios da concentração e da imediação (ou imediatidade)⁴. Desse modo, com a relevância dada ao princípio da oralidade, há a prevalência das manifestações verbais sobre as escritas, sobressaindo a proximidade imediata do juiz com as questões e incidentes surgidos no processo, permitindo-se que a colheita das provas, a discussão e o julgamento da causa opere-se em audiência única, com o afastamento da possibilidade de recursos serem interpostos diretamente ao tribunal, suspendendo o feito ou estorvando a marcha do processo⁵.

3. NOTARIANO JR., Antonio e BRUSCHI, Gilberto Gomes *Agravo contra as decisões de primeiro grau*. São Paulo: Método, 2006, n. 4.2, p. 68.

4. GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 2003, nn. 4.4 e 4.5, p. 57-66.

5. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279; GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 57-66.

Nesse sentido, interposto o agravo retido oral, devem ser colhidas as contrarrazões ali mesmo, na própria audiência, para que esta se encerre com esse incidente já resolvido, de sorte que o juiz ou se retrata diante do agravo, ou mantém a decisão, cabendo ao recorrente reiterar seu agravo retido, nas razões ou contrarrazões de eventual apelação. Realmente, mercê da exigência de ser oral o agravo retido interposto de decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, não se deve permitir que o agravado apresente suas contrarrazões por escrito, em prazo a ser fixado pelo juiz; deverá fazê-lo oralmente, na própria audiência, devendo suas contrarrazões ser transcritas no termo de audiência. Apresentadas as contrarrazões, deverá, então, o juiz exercer a retratação ou manter sua decisão.

Com efeito, é cediço somente ser possível dispensar a colheita de contrarrazões, quando o juiz, desde logo, mantiver sua decisão, restando protraída para a fase de apelação a oportunidade de o agravado apresentar sua resposta. Diversa é a possibilidade de o juiz pretender reformar sua decisão, mediante a retratação. Nesse caso, só poderá haver retratação, caso haja prévia oferta de contrarrazões ou, ao menos, oportunidade para tanto⁶. Em obediência ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, o juiz poderá retratar-se, desde que haja prévia resposta do agravado⁷.

Na hipótese de o agravado não estar presente na audiência, o que deve fazer o juiz? Se resolver manter a decisão, poderá já fazê-lo, independentemente do contraditório prévio. Se houver possibilidade de o juiz retratar-se, surge a seguinte situação: se se trata de questão que normalmente surge em uma audiência (relacionada à colheita da prova, p. ex.), a ausência do agravado implica preclusão da possibilidade de responder ao recurso; se se trata de questão nova, suscitada pelo agravante e rejeitada pelo juiz (ausência de questão de ordem pública, p. ex.), a intimação do agravado, a despeito da sua ausência, se impõe.

Há, atualmente, pois, dois regimes jurídicos para o agravo retido: a) agravo retido interposto contra decisão proferida em audiência: interposição oral e simultânea; b) agravo retido contra decisão não proferida em audiência: interposição por escrito e no prazo de dez dias.

Mas ainda há mais a dizer.

-
6. ALVIM, José Eduardo Carneira. *Novo agravo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 75-79; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 169. No mesmo sentido: LISBOA, Celso Anicet. "A nova fisionomia do agravo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 87, p. 9-10.
 7. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 217; TALAMINI, Eduardo. "A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo". *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 129-130.

Interposto agravo retido, deve a parte interessada reiterá-lo nas razões ou contrarrazões de apelação. Na hipótese de ter havido *agravo retido*, e ser caso de remessa *ex officio*, cumpre verificar se o agravo retido fora interposto pela Fazenda Pública ou pela parte contrária. Se interposto pela Fazenda Pública, *não* se faz necessário reiterar o agravo retido, eis que a remessa *ex officio* abrangerá a questão, podendo o tribunal apreciar tanto a sentença como a decisão que houvera sido impugnada pelo agravo retido⁸.

Quando o agravo retido houver, contudo, sido interposto pela parte contrária, surge o impasse: como e quando poderá haver reiteração do agravo retido, tal como exige o art. 523 do CPC? No particular, impõe-se perquirir se houve, ou não, apelação da Fazenda Pública. Tendo havido apelação da Fazenda Pública, aplica-se a regra geral contida no art. 523 do CPC, ou seja, o apelado, nas contrarrazões, poderá reiterar seu agravo retido. Não o fazendo, este não será conhecido pelo tribunal.

Surge a dificuldade quando não há apelação da Fazenda Pública, seguindo os autos para o tribunal em razão, apenas, da remessa *ex officio*. Ora, nesse caso, a parte adversária da Fazenda Pública – que interpôs o agravo retido – não será intimado para oferecer contrarrazões, pois não há resposta à remessa *ex officio*. Daí ser *desnecessária* a reiteração do agravo retido, quando for caso de reexame necessário, devendo o tribunal apreciá-lo independentemente da ratificação.⁹

Em qualquer dessas hipóteses, quando é que se instala o contraditório para o agravo retido?

A primeira solução é a seguinte: uma vez interposto o agravo retido, já deve ser determinada a intimação da parte contrária para apresentar suas contrarrazões, estando realizado o contraditório. Mas não é assim que se sucedem as coisas.

A doutrina entende ser possível dispensar a colheita de contrarrazões, quando o juiz, desde logo, mantiver sua decisão, restando protraída para a fase de apelação a oportunidade de o agravado apresentar sua resposta. Diversa é a possibilidade, na opinião da doutrina, de o juiz pretender reformar sua decisão, mediante a retratação. Nesse caso, só poderá haver retratação, caso haja prévia oferta de contrarrazões ou, ao menos, oportunidade para tanto¹⁰.

Realmente, “não se perca, porém, de vista, que o juiz só determinará que a outra parte se manifeste, no caso de agravo retido, se se inclinar a retratar-se e não em qualquer caso, necessariamente. Na dúvida, ouve a parte contrária. Seguro de

8. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 469.

9. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 468-469.

10. ALVIM, José Eduardo Carneiro. *Novo agravo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 75-79.

sua decisão, não se retrata e prossegue a audiência”¹¹. Em obediência ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, o juiz poderá retratar-se, desde que haja prévia resposta do agravado.¹²

Assim, interposto o agravo retido, e desde que se permita ao agravado apresentar sua resposta no prazo de dez dias ou em mesa, oralmente, conforme o caso, poderá o juiz reformar sua decisão. Se resolver mantê-la, poderá dispensar a colheita imediata das contrarrazões, as quais poderão ser apresentadas posteriormente, na hipótese de reiteração do agravo retido.

Vindo a ser reiterado o agravo retido, abre-se, então, oportunidade de contraditório, caso não tenha havido antes, porque o juiz resolveu manter sua decisão. Se for caso de reexame necessário, já se viu que não haverá necessidade de reiteração. Nessa hipótese, em que momento se poderá exercer o contraditório?

Não tendo havido, no curso do processo, oportunidade para o contraditório ao agravo retido, surge, então, a necessidade de ser determinada a intimação da Fazenda Pública para oferecer contrarrazões ao agravo retido. Ou o juiz deverá assim proceder, ou o tribunal, ao perceber, deverá converter o julgamento em diligência e determinar a intimação para oferta de contrarrazões.

É possível que surjam, em uma mesma audiência, diversas decisões interlocutórias, todas impugnáveis por agravo retido oral. É preciso, portanto, evitar que a exigência de interposição oral e imediata do agravo retido, em tais casos, sirva como estímulo à chicana processual. O mais aconselhável talvez seja reservar o momento anterior ao encerramento da sessão da audiência para que a parte interponha o agravo retido oral, ocasião em que poderá abordar todas as decisões proferidas ao longo da sessão.

E se, dentre essas diversas decisões interlocutórias, uma for urgente ou causar grave lesão? Deve haver dois agravos: um de instrumento para esta questão urgente e um retido, para as demais? Ou, diante da regra da singularidade, tudo deve ser tratado no agravo de instrumento? Parece mais correto entender que, nesta última hipótese, todas as decisões devem ser atacadas, conjuntamente, por agravo de instrumento, preservando-se o princípio da singularidade, com o que se evita a interposição simultânea de mais de um agravo contra decisões proferidas na mesma audiência. Além do mais, tendo sido proferidas na mesma audiência,

11. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ob. cit.*, p. 169. No mesmo sentido: LISBOA, Celso Anicet. “A nova fisionomia do agravo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 87, p. 09-10.

12. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 217; TALAMINI, Eduardo. “A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo”, cit., p. 129-130.

há evidente concatenação entre as decisões, devendo, até para evitar decisões conflitantes ou tratamento dispar, tudo ser tratado no mesmo recurso.¹³

Para encerrar este item, cumpre investigar se é possível a interposição de agravo retido por terceiro prejudicado.

Teresa Wambier traz dois argumentos contra a admissibilidade do agravo retido interposto por terceiro: a) impossibilidade de previsão com certeza que o terceiro possa, ao depois, apelar, para reiterar o pedido; b) a função principal do agravo, quando interposto sob o regime da retenção, é o de evitar a preclusão, fenômeno endoprocessual, que não afetaria terceiros. A própria autora, no entanto, aponta que a preclusão temporal afeta o terceiro, pois este dispõe do mesmo prazo da parte para recorrer.¹⁴

Adota-se outro posicionamento.

Ao valer-se de um recurso retido, sabe o recorrente (terceiro ou não), de antemão, que: a) a sua irresignação não será processada imediatamente; b) evitará a perda da faculdade processual de impugnar; c) para dar ensejo ao juízo de mérito do recurso, há que se o confirmar nas razões ou na resposta da apelação. Pode ser que o recorrente não perca a causa e que, portanto, o processamento daquele recurso não mais se justifique; pode ser que não ganhe, mas perca o interesse de ver devolvida aquela questão à instância superior; enfim, é plenamente possível e aceitável que haja uma futura perda do interesse para a confirmação do agravo retido e, nem por isso, se o elimina como instituto, antes se o incentiva, como se pode constatar das últimas reformas processuais que impuseram a obrigatoriedade do regime retido para o agravo (art. 522 do CPC) e para os recursos extraordinário e especial (art. 542, § 3º, CPC).

13. Nesse sentido, assim decidiu o STJ: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO PARA ATACAR DUAS DECISÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE.

1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

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

3. O recorrente utilizou-se do recurso correto (respeito à forma) para impugnar as decisões interlocutórias, qual seja o agravo de instrumento.

4. O princípio da unirrecorribilidade não veda a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. E não há, na legislação processual, qualquer impedimento a essa prática, não obstante seja incomum.

5. Recurso especial provido.” (REsp 1112599/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

14. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 330-331. Nesse sentido, também, NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 284.

Não se pode pré-excluir a possibilidade de recurso retido por terceiro. O interesse recursal avalia-se *in concreto*, e não abstratamente. É possível que o terceiro tenha o interesse de recorrer de uma decisão interlocutória que não cause prejuízo imediato à parte, e que portanto somente por agravo retido poderia ser impugnada. E a questão ganha ainda mais importância prática com a leitura do inciso II do art. 527 do CPC, que prevê a possibilidade de o relator do agravo de instrumento convertê-lo em agravo retido, uma vez não tendo verificado a urgência na apreciação do pedido recursal. Como ficará a situação do terceiro que, se tendo valido do agravo de instrumento, o vir convertido, pelo relator, em agravo retido? Perderia, *ipso facto*, o interesse recursal? Obviamente que não. Se a decisão interlocutória não puder causar prejuízo imediato, o recurso cabível será o agravo retido, e não se pode negar a possibilidade de seu manejo ao terceiro¹⁵.

3. IMPOSSIBILIDADE DE O RECORRENTE OPTAR PELO AGRAVO RETIDO OU PELO AGRAVO DE INSTRUMENTO. A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO POR DECISÃO DO RELATOR

Costumava-se dizer, antes das Leis n. 10.352/2001 e n. 11.187/2005, que caberia ao agravante optar, conforme o caso, pelo agravo retido ou pelo agravo de instrumento. Uma ou outra situação não permitia essa opção, normalmente em razão de manifesta falta de interesse recursal (p. ex., interpor agravo retido contra decisão que nega liminarmente alimentos provisionais). Valia, porém, a regra de que a escolha cabia ao recorrente.¹⁶

Parece que, atualmente, isso não é possível. A principal modificação que a última reforma processual operou no regime do agravo foi o banimento da possibilidade de escolha do agravante. Não se vislumbra qualquer hipótese em que se permita ao recorrente valer-se de ambas as modalidades de agravo: ou é caso de agravo retido ou será de instrumento.

Uma observação é importante. A Lei n. 11.187/2005 nada mudou no particular. O *caput* do art. 522 do CPC, na redação que lhe emprestou a Lei nº 11.187/2005, absorveu a previsão contida no § 4º do art. 523 do mesmo diploma processual, razão pela qual este último restou expressamente revogado. Não houve qualquer inovação em relação ao sistema anterior estabelecido pela Lei n. 10.352/2001: a liberdade de escolha já havia sido eliminada pelas disposições contidas no Código de Processo Civil, desde o advento das mudanças levadas a cabo por essa lei. A diretriz traçada

-
15. Leonardo Carneiro da Cunha, um dos autores deste livro, segue o posicionamento da Profa. Teresa Wambier, nesse particular.
 16. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery apontavam, antes da edição da Lei n. 10.352/2001, que a opção pelo regime cabia ao recorrente, embora houvesse situações em que não haveria escolha (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 873.).

pela Lei n. 10.352/2001 já indicava que “o recurso dominante no sistema recursal das decisões interlocutórias passa a ser o agravo retido, ficando o agravo de instrumento restrito às situações onde se demonstre a urgência ou a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação”.¹⁷

Três são os critérios básicos para a verificação de qual será o agravo cabível contra as decisões interlocutórias em primeira instância: a) verificar a existência de urgência; b) verificar as situações em que a lei, a despeito da existência ou não de urgência, determina que o recurso será o agravo de instrumento; c) verificar a compatibilidade do agravo retido com a situação em concreto.

a) Agravo de instrumento em situação de urgência

Primeiramente, a combinação dos arts. 522 e 527, II, CPC, revela que, se a decisão agravada puder produzir um dano ao recorrente (ou seja, a eficácia imediata da decisão for perigosa, pois pode causar um dano à parte), somente será cabível o agravo de instrumento. Se não houver risco de lesão a direito ou prejuízo irreparável, o agravo será retido.

Se se interpuser agravo de instrumento em situação que não é de urgência, o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, mandando que sigam os autos do agravo de instrumento ao juízo *a quo*, para que sejam apensados aos autos principais. Em vez de determinar o não-conhecimento do recurso, o legislador cria regra de aproveitamento do ato processual indevidamente praticado, em nítida aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. O preparo eventualmente feito *não* será devolvido (perceba que o agravo retido dispensa o preparo, conforme visto).

Para reforçar a regra segundo a qual as interlocutórias devem ser atacadas por agravo retido, somente cabendo o agravo de instrumento nas hipóteses já indicadas, o inciso II do art. 527 do CPC teve sua redação alterada pela Lei n.º 11.187/2005, suprimindo-se o verbo “*poderá converter...*” e substituindo-o pela forma imperativa “*converterá...*”, na expectativa de que o dispositivo venha a ser realmente aplicado pelos tribunais e os relatores passem a, de fato, determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido. “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida...” A modificação do tempo verbal talvez tenha uma força psicológica, destinando-se a “convencer” os relatores a efetivamente aplicar a regra, a fim de determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido. *Não* se pode entender que, na redação anterior, ao relator se conferia uma *faculdade* para converter o agravo de instrumento em agravo retido, vindo a regra, agora, com a “alteração”, a encerrar conteúdo cogente,

17. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. “A atual dimensão do agravo retido e as consequências no agravo de instrumento”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 5, p. 88-89.

obrigatório, imperativo: de um lado, o relator não poderia extinguir o procedimento recursal, pelo não cabimento, devendo aproveitar o ato e converter o recurso em agravo retido; de outro, presentes os pressupostos, não poderia o relator deixar de converter, processando agravo de instrumento em hipótese não permitida. Logo, *cahe* ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, quando não for caso de agravo de instrumento¹⁸.

É por isso que não se considera relevante a menção, feita no §3º do art. 523, à obrigatoriedade de agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Isso porque, havendo urgência, caberá agravo de instrumento, pouco importa o momento em que a decisão foi tomada. Não há interesse recursal na interposição de agravo retido em situações de urgência.¹⁹ O critério não é cronológico, é circunstancial: está relacionado com a aptidão da decisão interlocutória para gerar danos.²⁰

A “lesão grave ou de difícil reparação” constitui um conceito vago ou indeterminado, devendo ser definido pelas peculiaridades do caso concreto. A referência a *lesão grave ou de difícil reparação* conduz à ideia de urgência, de sorte que as decisões que concedam ou neguem pedido de liminar ou tutela antecipada encartam-se perfeitamente na hipótese legal.

18. “A explicação que se há de dar, pois, à expressão ‘poderá’, constante dos textos da lei (arts. 527, II, e 558), é a de que esta *liberdade aparente* que a lei confere ao juiz, no sentido de conceder ou não o efeito suspensivo, consiste em que, obviamente, *a parte sempre requer e sempre requererá esse efeito*. ao passo que o ‘poder’ ou ‘não poder’ concedê-lo deve ser entendido como tendo no juiz o seu destinatário, no sentido de *dever* conceder em face do risco de dano e de *não dever*, no caso de seu risco não existir.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Efeito suspensivo do agravo e recorribilidade da decisão que o concede (ou não o concede) e outros assuntos”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2000, p. 625-626.
19. Assim, antes da Lei n. 10.352/2001, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria, *Código de Processo Civil Comentado*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 877. Percebeu a circunstância Flávio Cheim Jorge, para quem caberá agravo de instrumento quando for o caso de falta de interesse recursal no agravo retido (*A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176).
20. Preciso Flávio Cheim Jorge: “Nesse ponto, o legislador modificou sobremaneira o requisito de admissibilidade do agravo de instrumento relacionado com o interesse em recorrer. A partir de agora, para que o agravante tenha interesse na interposição do agravo de instrumento, deverá demonstrar também que não poderá sofrer os efeitos da decisão agravada até o seu pronunciamento final pelo Judiciário. Isto é, deverá demonstrar que precisa de uma pronta prestação da tutela jurisdicional, de modo que, caso a decisão agravada não seja revertida no agravo de instrumento, não haverá mais interesse, de sua parte, na revisão posterior. Essa falta de interesse na revisão posterior é oriunda, como regra, da própria consumação dos efeitos prejudiciais da decisão que impede que o recorrente aguarde o resultado final da causa. Imaginemos, por exemplo, uma liminar concedida numa ação possessória, de força nova. Para que o réu tenha interesse em recorrer por meio do agravo de instrumento, deverá demonstrar que não poderá aguardar até o julgamento final da causa sem que a decisão interlocutória seja revista. Assim, ou se cassa a liminar em sede de agravo, ou perpetrada estará a consumação do dano, não dispondo a parte de outro meio para a proteção de seu direito. A urgência, portanto, passa a ser um critério fundamental, e quase sempre imprescindível, para a admissibilidade do agravo de instrumento”. (JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174-175).

Uma situação curiosa surge da aplicação desse novo regramento.

Sabe-se que ao agravo de instrumento poderá ser atribuído efeito suspensivo (art. 558 do CPC), exatamente quando houver risco de lesão grave e de difícil reparação. Se o relator não vislumbrar presente essa circunstância, estará dizendo, *ipso facto*, que não é caso de agravo de instrumento, salvo se se entender que existe o “perigão” (apto a determinar o efeito suspensivo) e o “periguinho” (elemento do tipo para o simples cabimento do agravo de instrumento). Negar o efeito suspensivo (em razão da falta de perigo) e não converter o agravo de instrumento em agravo retido é postura, a princípio, contraditória, salvo se o relator, de logo, por questão de economia processual, negar provimento ao recurso, se perceber que é *manifestamente improcedente* (art. 557, *caput*, do CPC). Se o recurso é manifestamente inviável, mesmo não havendo urgência, o relator deve julgá-lo e não convertê-lo em retido.

Mas é possível negar efeito suspensivo ao agravo de instrumento pela falta de fundamento relevante (art. 558, *caput*, CPC), embora existente o perigo. Aí, está-se diante de uma situação também curiosa: cabe o agravo de instrumento, que não terá efeito suspensivo, mas cuja possibilidade de sucesso é mínima; se liminarmente o relator já não vislumbrou relevância na argumentação, dificilmente o faria em sede de julgamento definitivo, após a ouvida do agravado e as informações do juiz *a quo*. Talvez seja o caso de defender-se, aqui, a aplicação do *caput* do art. 557 do CPC, para que se permita ao relator negar provimento liminarmente ao agravo de instrumento, em razão da manifesta improcedência.

Talvez haja quem defenda que o magistrado, embora inicialmente não tenha visto relevância na fundamentação do agravante, possa modificar o seu pensamento com a resposta do agravado (que se tenha mostrado frágil, p. ex.). De acordo com a experiência, na prática isso raramente acontece. Mais uma vez, está-se diante de problema para cuja solução seria muito bem-vindo um levantamento estatístico, que demonstrasse, por exemplo, quantos agravos de instrumento são providos, quando tenha sido negado o pedido de efeito suspensivo. Seria dado relevante para que se pudesse esclarecer qual a melhor interpretação que se deve dar ao novo regime de cabimento do agravo de instrumento.

Cabe, ainda, ponderar sobre outra situação: o agravante pretende a concessão de provimento de urgência que lhe fora negado em primeira instância. Formula, para tanto, pedido de antecipação da tutela recursal (art. 527, III, CPC). Note-se que a urgência compõe a causa de pedir do pleito antecipatório que se pretende ver concedido em segunda instância; a urgência comporá, por consequência, o mérito do recurso. A falta de urgência, aqui, não implicaria a conversão do agravo de instrumento em agravo retido: o agravo de instrumento é, de fato, o recurso

cabível nesse caso; nessa situação, para fins de juízo de admissibilidade, a verificação da urgência se faz *in statu assertionis*.

O que deve o relator fazer, então? Se o agravante não logrou demonstrar a urgência, o relator poderá, de logo, negar *provimento* ao recurso, pois o recorrente não tem direito ao pleito antecipatório, já que lhe falta um dos seus requisitos para a concessão.

Essas observações levam à conclusão de que a urgência de que trata o inciso II do art. 527: a) ou compõe a própria causa de pedir do pleito que foi negado ao recorrente em primeira instância, quando o agravo de instrumento será o recurso cabível, necessariamente; b) ou a urgência é questão que “aparece” em grau de recurso, trazida pelo recorrente para justificar o cabimento do agravo de instrumento – que dá ensejo à impugnação imediata da decisão – e a atribuição de efeito suspensivo a esse recurso; nessa última hipótese, deverá o recorrente, se quiser ver processado o seu agravo, alegar e demonstrar a existência da situação perigosa, sob pena de incidência imediata do disposto no inciso II do art. 527 do CPC (a simples alegação de urgência não será suficiente para que se admita o processamento do agravo de instrumento – o relator pode não concordar com o agravante, embora seja necessária para o seu conhecimento: sem ela, o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, sem maiores considerações).

Firmadas essas premissas, é possível continuar.

Decisões interlocutórias relacionadas aos pressupostos processuais e à prova são bons exemplos de decisões que, a princípio, somente poderão ser impugnadas via agravo retido. Não se vislumbra, nesses casos, ao menos a princípio, qualquer possibilidade de dano imediato ao agravante, a justificar a interposição do agravo de instrumento – que caberá, tranquilamente, se no caso concreto houver risco de lesão²¹.

Há outras situações polêmicas.

José Carlos Barbosa Moreira, ao cuidar da interposição retida dos recursos extraordinários, afirma que ela deve ser evitada, nos casos em que vier a redundar em desperdício de atividade processual. “Assim, por exemplo, suscitando dúvidas sobre a competência, o melhor é resolver desde logo a questão, para evitar a eventual invalidação dos atos praticados por órgão que depois venha a ser declarado absolutamente incompetente”²². A lição aplica-se ao agravo retido:

21. Por exemplo: uma determinada testemunha, que deve ser ouvida, está para morrer; situações que justifiquem a antecipação da produção da prova, em razão do risco de ela não poder mais ser produzida, como na hipótese da perícia ambiental.

22. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 602.

proferida decisão sobre a *competência* do juízo, deverá ser interposto agravo de instrumento, e não agravo retido, muito embora não haja uma urgência em sentido estrito, nem se possa, rigorosamente, definir essa situação como caracterizadora de uma lesão grave ou de difícil reparação. Caso a questão seja atacada por agravo retido e vindo este a ser posteriormente provido, haverá um mal maior: serão anulados todos os atos decisórios, remetendo-se os autos ao juízo competente.

Do mesmo modo, denegado, por exemplo, pedido de denunciação da lide, não exsurge, em princípio, uma situação de grave lesão ou de difícil reparação, devendo a decisão ser combatida por agravo retido. É, porém, firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo cabível a intervenção de terceiro, não se deve anular todo o processo no qual já haja sentença proferida, eis que atentaria contra a economia processual. Logo, *o agravo retido estaria, certamente, fadado ao insucesso, não garantindo qualquer utilidade à parte agravante*. Nesse caso, embora não haja urgência, não sendo a insatisfação da parte submetida desde logo ao conhecimento do tribunal, será mantida a falta de intervenção do terceiro, não lhe conferindo qualquer utilidade o agravo retido.

b) Agravo de instrumento por expressa determinação legal.

Há hipóteses, contudo, em que essa regra geral de cabimento não se aplica.

A lei se antecipa e impõe o agravo de instrumento, independentemente de haver ou não urgência. Nessas hipóteses, não se aplica o que se disse sobre a conversão do agravo de instrumento em agravo retido e a situação curiosa de o relator não poder negar efeito suspensivo sem promover a conversão. Aqui, a análise do cabimento é bem mais simples.

O *caput* do art. 522 do CPC prevê duas possibilidades: a) decisão que recebe a apelação em efeitos diversos; b) decisão que não recebe a apelação. São as duas situações reguladas no *caput* do art. 522 do CPC, em que se veda, expressamente, o cabimento do agravo retido – e, assim, *a contrario sensu*, impõe-se o regime do agravo de instrumento. Tais ressalvas, ainda que não previstas, deveriam ser consideradas *implícitas*, pois revelam a existência de casos incompatíveis com o agravo retido,²³ retirando-lhe a necessária utilidade, no que resta afastado o interesse recursal.

Também cabe agravo de instrumento contra a decisão que julgar a liquidação de sentença (art. 475-H, CPC). É importante notar que o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não o agravo retido, a despeito da redação do art. 522 do CPC. Trata-se de situação especial, em que a lei determina expressamente o cabimento

23. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Recursos cíveis: algumas notas após a Lei nº 10.352/2001". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 15, p. 68.

do agravo de instrumento, sendo irrelevante investigar se há ou não a situação de urgência a que se refere o *caput* do art. 522 do CPC. Nesse caso, a situação é interessante, pois se trata de agravo de instrumento interposto contra sentença, e não contra decisão interlocutória. Sendo uma sentença, aplica-se o disposto no art. 463 do CPC, de sorte que o juiz não pode rever sua própria decisão. Quer isto dizer que o art. 475-H do CPC criou a possibilidade de um agravo de instrumento *sem retratação*. O juiz não pode se retratar no agravo de instrumento interposto contra a sentença que julga a liquidação, em virtude do disposto no art. 463 do CPC. Ademais, do acórdão que julga esse agravo de instrumento cabem recursos especial e extraordinário, que *não* devem ficar retidos, eis que tais recursos excepcionais não impugnaram decisão interlocutória (CPC, art. 542, § 3º), atacando, isto sim, um acórdão com conteúdo de sentença.²⁴

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) também traz exemplo neste sentido: o art. 17, § 10, impõe o agravo de instrumento como recurso cabível contra a decisão que admitiu a petição inicial dessa demanda coletiva.

c) Incompatibilidade do agravo retido.

Para terminar o painel sobre o regime de cabimento do agravo, cumpre advertir que há casos em que, a despeito da inexistência de urgência, somente caberá agravo de instrumento em razão da incompatibilidade do regime do agravo retido com a situação concreta. Seguem alguns exemplos.

Só cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em processo de execução, pois o agravo retido, conforme apontado, não cabe, por incompatível, nesse tipo de processo.

Há questões incidentes que são absolutamente independentes/estranhas ao objeto do processo; a solução judicial que se lhes dê em nada afetará a futura decisão sobre o objeto do processo (quer diga respeito à admissibilidade, quer se refira ao próprio exame do mérito), pois não têm qualquer vínculo com a questão principal. Essa solução, embora se opere via decisão interlocutória, será definitiva, independendo de confirmação posterior. O regime de retenção do agravo justifica-se no fato de que o agravante, com a prolação da decisão sobre o objeto litigioso (a sentença), possa vir a perder o interesse no prosseguimento do recurso já interposto. Se a questão decidida por decisão interlocutória é autônoma em relação à sentença, não lhe afetando nem sendo por ela afetada, não há razão para impor o agravo retido, que seria, no caso, incompatível.

24. Sobre o assunto, conferir, com mais detalhes, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Recursos na liquidação de sentença". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2007, v. 11.

Alguns exemplos: a) exclusão de litisconsorte, independentemente de condenação em verba honorária; b) indeferimento parcial da petição inicial; c) aplicação da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC a um terceiro; d) resolução parcial do mérito da causa (art. 273, §6º, CPC); e) decisão que fixa os honorários periciais (art. 33, CPC, e art. 10, Lei n. 9.289/96); f) decisão de substituição do perito por negligência (art. 424, II, CPC), em que se podem aplicar as sanções previstas no parágrafo único do art. 424; g) decisão que condena a testemunha a responder pelas despesas do adiamento da audiência (art. 412, CPC); h) decisão que resolve o incidente de impugnação do perito (art. 423, CPC); i) prestação de contas do administrador judicial (art. 919, CPC); j) decisão que punir o advogado com base no art. 196 do CPC etc.

Em todas essas situações, incabível o agravo retido por inadequação; impõe-se, assim, como recurso cabível, o agravo de instrumento.

Conclui-se: não há mais opção entre agravo de instrumento e agravo retido, ou cabe um, ou cabe o outro.

4. O AGRAVO DE INSTRUMENTO

Já se viu que, proferida uma decisão interlocutória por juiz de primeira instância, cabe agravo retido. Somente caberá agravo de instrumento, “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”. O agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de dez dias. A exigência de preparo dependerá da lei local específica que cuida do assunto.

Nesses casos, será cabível agravo de instrumento, que é interposto diretamente no tribunal, com um instrumento (CPC, arts. 524 e 525), ou seja, instruído com cópias de peças do processo em curso na primeira instância, para que os desembargadores possam compreender a controvérsia submetida ao seu crivo.

4.1. Peças obrigatórias

De acordo com o art. 525, I, CPC, a petição do agravo de instrumento será instruída, obrigatoriamente, com cópias: *a)* da decisão agravada; *b)* da certidão da respectiva intimação e *c)* das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

É indiferente a ordem das peças obrigatórias, podendo formar o instrumento em sequência desordenada. O importante é que todas as peças constem do instrumento do agravo, permitindo a exata compreensão da controvérsia. Nesse sentido, ao enfrentar Recurso Especial nº 1.184.975/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, a 3ª

Turma do STJ asseverou que “A ordem das peças que instruem o agravo não é determinante para o seu conhecimento. A sequência de juntada dos documentos é realizada a partir de um juízo absolutamente subjetivo, que irá variar não apenas conforme o trâmite de cada processo e da maneira como as razões recursais forem redigidas, mas principalmente conforme a percepção individual de cada advogado, que poderá ou não coincidir com a percepção do Relator e demais julgadores que venham a analisar o processo.”

A cópia da decisão agravada é obrigatória para viabilizar ao tribunal o acesso ao teor do ato judicial combatido pelo recurso. Com efeito, sem essa cópia o tribunal não tem como analisar a conclusão a que chegou o juiz para, então, verificar se houve algum equívoco no entendimento por ele manifestado. Daí ser obrigatória a juntada de cópia da decisão agravada.

Já a certidão da respectiva intimação tem por finalidade permitir a aferição da tempestividade do agravo de instrumento. De fato, cotejando-se a data da intimação (comprovada pela certidão) com a data em que protocolado o agravo, possibilita-se a verificação de sua tempestividade. E, segundo dispõe o art. 141, V, do CPC, as certidões de quaisquer atos ou incidentes processuais devem ser dadas pelo escrivão do cartório judicial.

Quando o agravo de instrumento for interposto contra decisão que concede, liminarmente, uma tutela antecipada ou algum outro provimento de urgência, a intimação não é feita ao advogado, pois o réu ainda não está no processo, não havendo, ainda, advogado constituído nos autos. Nesse caso, a parte, além de citada, é intimada para cumprimento da decisão. Se a intimação for feita por carta, com Aviso de Recebimento – AR, o prazo para interposição do agravo de instrumento tem início a partir da juntada aos autos do AR devidamente assinado.²⁵ Realizada a intimação por oficial de justiça, o prazo para a interposição do recurso terá início com a juntada aos autos do respectivo mandado cumprido.²⁶ Em casos da espécie, a certidão a que se refere o inciso I do art. 525 do CPC pode ser substituída pela cópia do mandado cumprido e juntado aos autos.²⁷ Se, todavia, o advogado, antes da juntada aos autos do mandado cumprido, retirou os autos, é dessa retirada que tem início o prazo, justamente porque haverá ciência inequívoca.²⁸

-
25. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Intimação. AR. – Deferida a tutela antecipada, com citação e intimação da demandada pelo correio, a prova dessa intimação para efeito da interposição de agravo de instrumento (art. 525, I, CPC) pode ser feita com a cópia do ofício judicial, do AR e da certidão de sua juntada, correndo desse último ato o prazo para o recurso (art. 241, I, CPC). – Recurso conhecido e provido.” (STJ, 4ª T., REsp n. 183.082/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 05.11.1998, publicado no DJ de 01.02.1999, p. 212).
 26. Nesse sentido: STJ, Corte Especial, EREsp n. 601682/RJ, rel. Min. José Delgado, j. em 2.2.2005, publicado no DJ de 15.8.2005, p. 209; STJ, 6ª T., AgRg no Ag n. 788.800/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 11.03.2008, publicado no DJe de 22.4.2008.
 27. STJ, 6ª T., REsp 334.839/AM, rel. Min. Vicente Leal, j. em 9.10.2001, publicado no DJ de 29.10.2001, p. 283.
 28. “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDACAUTELAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. INAUDITA ALTERA PARS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 522 DO CPC. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. TERMO INICIAL.

A ausência da certidão acarreta a inadmissibilidade do agravo de instrumento²⁹. A jurisprudência é bem rigorosa no particular: não se permite substituir a certidão por *informativo judicial* que contenha *recorte* do Diário Oficial sem a indicação da data da publicação aposta por impressão do próprio periódico oficial³⁰.

Por sua vez, as cópias das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado servem para constatar a regularidade de suas representações judiciais. Nesse sentido, há alguns julgados que, a par da procuração, exigem, sendo a parte pessoa jurídica, cópia do respectivo contrato social para que reste comprovado se a pessoa que outorgou a procuração efetivamente dispõe de poderes para tanto. O Superior Tribunal de Justiça, reformando esses julgados, consolidou o entendimento segundo o qual não se deve exigir, como peça obrigatória do agravo de instrumento, a cópia do contrato social, eis que se trata de documento não relacionado no aludido art. 525 do CPC, sendo ilegal tal exigência³¹.

Admite-se, porém, em certas circunstâncias, a dispensa da juntada de algumas peças obrigatórias.

Cumpra assinalar, desde logo, que a cópia da decisão agravada é a *única* peça que não pode ser dispensada, eis que, sem ela, não se possibilita o acesso pelo

COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AOS AUTOS. 1. O termo *a quo* do prazo para interposição de agravo de instrumento, instituído pelo art. 522 do CPC, contra liminar concedida *inaudita altera pars*, começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado de citação, exceto na hipótese de comparecimento espontâneo aos autos ou retirada dos mesmos de cartório, pelo advogado da parte, formas de inequívoca ciência do conteúdo da decisão agravada, fluindo a partir daí o prazo para a interposição do recurso. 2. *In casu*, consoante se infere da decisão de fl. 208, a parte, ora recorrente, teve ciência inequívoca do deferimento da liminar de indisponibilidade de seus bens, em sede de Medida Cautelar Inominada nº 735/02, em 17.06.2003 (terça-feira), cujo prazo recursal iniciou-se no primeiro dia útil seguinte, qual seja, dia 18.06.2003 (quarta-feira), encerrando-se em 27.06.2003, e a petição de interposição do recurso de agravo de instrumento foi protocolizada em 27.06.2003 (fl. 02), dentro do decêndio previsto no art. 522 do CPC, o que revela a tempestividade do recurso agravo de instrumento. 3. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, há de se considerar a ausência de cognição exauriente acerca do *meritum causae* (indisponibilidade de bens à luz do art. 7º, parágrafo único da Lei 8429/92) apta a ensejar a abertura da via especial, especialmente porque o tribunal local cingiu-se ao reconhecimento da intempestividade do agravo de instrumento, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado. 4. Recurso especial provido para afastar a intempestividade do agravo de instrumento, determinando o retorno dos autos ao Tribunal local para a análise de mérito do mencionado recurso.” (STJ, 1ª T., REsp n. 853.831/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.5.2008, publicado no *DJ* de 4/8/2008).

29. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, AGA n. 418.383/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.03.2002, *DJ* de 06.05.2002, p. 261.

30. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 334.780/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 12.03.2002, *DJ* de 02.09.2002, p. 194.

31. Acórdão unânime da 6ª Turma do STJ, REsp 213.567/RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 22.05.2001, *DJ* de 11.06.2001, p. 262; acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 197.996/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20.11.2001, *DJ* de 04.03.2002, p. 258; acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp n. 205.147/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.04.2002, *DJ* de 20/05/2002, p. 118; acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, Resp n. 407.926/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.09.2002, *DJ* de 25.11.2002, p. 231.

tribunal ao teor do ato judicial combatido. Logo, a cópia da decisão agravada há *sempre* de instruir o agravo de instrumento.

Quanto à certidão de intimação, poderá ser dispensada, deixando de instruir o agravo de instrumento, quando, por exemplo, a decisão agravada tiver sido proferida em *audiência*. Nesse caso, é curial que as partes tenham sido intimadas *na mesma ocasião*, sendo desnecessária a emissão de certidão que comprove tal fato. De observar-se, inclusive, ser comum que da própria ata de audiência constem as assinaturas de todas as partes e de seus respectivos advogados. Logo, sendo a decisão proferida em audiência, o agravo de instrumento não precisa ser instruído com certidão de intimação, eis que a ata da audiência já contém a serventia de uma certidão.

A certidão de intimação cleve, igualmente, ser dispensada, quando houver entre a decisão e o agravo de instrumento prazo inferior a dez dias (ou inferior a 20 dias nas hipóteses dos arts. 188 e 191 do CPC e do art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/50). A certidão de intimação, já se viu, destina-se ao controle do prazo, servindo para aferir a tempestividade do recurso. Não haveria data anterior à da própria decisão agravada para que fosse efetivada a intimação da parte agravante. Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência consideram que, havendo entre a decisão e o agravo de instrumento prazo inferior a dez dias – computado em dobro nos casos dos arts. 188 e 191 do CPC e no do art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/50 – não se exigirá a certidão. Isso porque a finalidade da certidão é comprovar a tempestividade do prazo. Ora, se a tempestividade é evidente, mesmo sem a certidão, a finalidade está atendida, sendo dispensável o cumprimento da formalidade capitulada na lei processual. Atende-se, desse modo, ao *princípio da instrumentalidade das formas*, insculpido nos arts. 154 e 244 do CPC³².

De tal entendimento não diverge a orientação pretoriana, sendo, aliás, já *pacífica* a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito³³. A certidão de intimação pode ser dispensada, quando *por outro meio* se permitir verificar a

32. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 184. No mesmo sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 255; NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz Nogueira. *Questões controvertidas de processo civil e de direito material*. São Paulo: RT, 2001, p. 42; conclusão n. 2 do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “É dispensável a certidão da intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividade do recurso”.

33. Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 205.846/ES, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 18.11.1999, DJ de 27.03.2000, p. 96; RSTJ 130/288; RT 779/195; acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 278.389/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.11.2000, DI de 11.12.2000, p. 213; Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 257.294/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.08.2000, DJ de 02.10.2000, p. 175; acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 268.014/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05.10.2000, DJ de 20.11.2000, p. 303.

tempestividade do agravo de instrumento. Assim, se de qualquer outro elemento que seja acostado ao agravo restar evidenciada a tempestividade do recurso, será dispensada a certidão de intimação³⁴.

À evidência, por outro meio – que não seja a certidão de intimação – é possível aferir a tempestividade do agravo de instrumento. Desse modo, permite-se comprovar a obediência ao prazo, na interposição do agravo, quando, por exemplo, juntada a cópia da página do Diário Oficial em que publicada a decisão agravada. Caberá ao agravado a demonstração de que o agravante interpôs o recurso intempestivamente.

As cópias das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado podem, em algumas hipóteses, ser também dispensadas. Tome-se como exemplo a interposição de agravo de instrumento contra decisão que rejeite, *initio litis*, antes mesmo da citação da parte demandada, um provimento de urgência ou antecipatório postulado pela parte autora. Nesse caso, justamente por não haver ainda sido citado o réu, é óbvio que não há, nos autos, procuração sua constituindo advogado que o possa representar. Logo, dispensa-se, até por impossibilidade material, a juntada de cópia da procuração outorgada ao advogado do agravado.

O membro do Ministério Público e o procurador judicial da Fazenda Pública prescindem de procuração, pois o poder de representação decorre da lei, e não de contrato ou de avença pactuada com a parte que representam³⁵. Em tal hipótese, quando o agravante ou o agravado for o Ministério Público ou a Fazenda Pública, não haverá, de igual modo, a juntada de cópia da procura-

34. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 415.720/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.04.2002. *DJ* de 16.09.2002, p. 195; acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp n. 178.084/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 04.09.2001, *DJ* de 04.02.2002, p. 367.

35. “PROCESSUAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DOCUMENTOS NECESSÁRIOS – PROCURADOR DE ESTADO – NATUREZA DA FUNÇÃO – PRESENTAÇÃO – DELEGAÇÃO DE PODERES – INEXIGIBILIDADE. – A exigência de que a procuração do advogado recorrido conste do instrumento de agravo, contida no Art. 525, I do Código de Processo Civil carece de alcance prático. Deveria ser retirada do texto legal. – O Art. 525 ao relacionar os documentos necessários à perfeição do instrumento de agravo, refere-se apenas às ‘procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado’. Nada diz a respeito de ‘delegação de poderes’ ao procurador de Estado. – Os procuradores de Estado não são, em rigor, advogados. Assim como o juiz é o órgão da função jurisdicional os são órgãos estatais, encarregados da defesa e do ataque judiciais. No dizer de Pontes de Miranda, eles apresentam, não representam a pessoa jurídica estatal. – A denominada ‘delegação de poderes’ do Procurador Geral aos procuradores é simples ato de efeitos internos, destinado apenas a distribuir encargos entre os integrantes do quadro de procuradores. Ela não aumenta nem amplia a competência do ‘delegado’. – Não faz sentido a exigência de que o instrumento de agravo seja instruído com a prova da ‘delegação’.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 401.390/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.10.2002, *DJ* de 25.11.2002, p. 200).

ção. Assim, caso a Fazenda Pública ingresse, por exemplo, com uma demanda judicial e postule a concessão de um provimento de urgência, o qual venha a ser rejeitado antes mesmo da citação do réu, o agravo de instrumento que seja intentado contra a decisão denegatória não conterà cópia de qualquer procuração, eis que ao agravante, nesse caso, não se outorga procuração, não sobressaindo também procuração para o agravado, porquanto ainda não citado no processo que tramita na primeira instância.

Não é ocioso aduzir que, em casos de *urgência*, é corriqueiro que a parte não reúna condições nem disponha de tempo para confeccionar a procuração aos seus patronos. Nessas hipóteses, os advogados que subscrevem a inicial comprometem-se, com fulcro no art. 37, 2ª parte, do CPC, a exibir o instrumento de representação no prazo de quinze dias, sendo permitida a distribuição e a análise imediata do feito, na forma do art. 254, III, do mesmo diploma processual.

Em casos assim, uma vez denegada a pretensão liminar, cautelar ou antecipatória, e ainda não tendo sido possível obter a procuração, deve-se permitir a interposição do agravo de instrumento, *sem* a cópia da procuração, cabendo ao tribunal, aplicando o art. 13, I, do CPC, determinar a suspensão do recurso e a consequente intimação do agravante para que traga aos autos tal documento obrigatório³⁶.

Há hipóteses, como se percebe, em que se poderá dispensar a juntada da certidão de intimação ou, ainda, das procurações outorgadas aos advogados do agravante ou do agravado. Não se pode deixar de juntar, contudo, a cópia da decisão agravada, sem a qual o tribunal fica impedido de dar solução à controvérsia posta ao seu crivo pelo agravo de instrumento.

A imprescindibilidade da juntada das peças obrigatórias, porém, é a regra.

É unívoco, por exemplo, o entendimento jurisprudencial segundo o qual não se admite seja dado ensejo para a correção do vício ou da ausência de peças obrigatórias previstas no inciso I do art. 525 do CPC. Significa que, se do instrumento faltar peça obrigatória, o tribunal não poderá converter o julgamento em diligência para determinar o complemento.³⁷

36. É assente a orientação do Superior Tribunal de Justiça em considerar que “o art. 13 do CPC abrange, entre as irregularidades passíveis de suprimimento, a incapacidade de postular” (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 26.381-9, rel. Min. Barros Monteiro, JSTJ/TRFs 62/229). Com efeito, “o CPC 13 não cuida apenas da representação legal dos incapazes e das pessoas jurídicas, mas inclui no elenco das irregularidades a serem sanadas a hipótese da incapacidade postulatória.” (RTJ 95/1349).

37. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 369.657/MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.03.2002, DJ de 24.06.2002, p. 311. *No mesmo sentido*: Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 171.239/GO, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 06.05.2002, DJ de 01.07.2002, p. 335.

Tal como demonstrado no item 7.3 do Capítulo sobre Apelação, o § 4º do art. 515 do CPC aplica-se a todos os recursos, aí incluído o agravo de instrumento. Segundo pensamos, esse entendimento, segundo o qual a falta de cópia obrigatória acarreta a imediata inadmissibilidade do agravo de instrumento, não persiste mais diante do texto do § 4º do art. 515 do CPC. A jurisprudência, entretanto, não entende assim. De todo modo, já há precedentes que flexibilizam o rigor da orientação, admitindo o agravo de instrumento quando, a despeito da falta de cópias, for possível compreender a controvérsia³⁸.

É possível, como visto no capítulo da Teoria Geral dos Recursos, a interposição de recurso por meio de *fac-simile*, nos termos da Lei nº 9.800/1999. A propósito, cumpre indagar: interposto agravo de instrumento com base na Lei nº 9.800/1999, devem ser antecipadas por *fac-simile* apenas as razões do recurso, ou também devem já ser transmitidas, junto com as razões recursais, as cópias obrigatórias a que alude o art. 525, I, do CPC? Interpretando a mencionada Lei nº 9.800/1999, a Corte Especial do STJ entendeu possível a interposição do agravo de instrumento por *fac-simile*, desacompanhado das peças que deveriam compor esse mesmo instrumento, devendo os originais conter a integralidade das cópias obrigatórias. (REsp 901.556-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/5/2008).

4.2. As peças facultativas

Cabe ao agravante, como se viu, instruir o agravo de instrumento com as cópias obrigatórias reclamadas pelo inciso I do art. 525 do CPC. Permite-se a ele, ainda, instruir seu recurso com as cópias facultativas, consistentes em quaisquer outras peças, cuja juntada lhe pareça conveniente para contribuir na formação do convencimento do tribunal. Ao agravado também se confere a possibilidade de juntar cópias facultativas, ou seja, cópias de peças que estejam entranhadas nos autos do processo originário, cuja análise pelo tribunal possa favorecer a tese por ele sustentada para a manutenção da decisão atacada (CPC, art. 525, II).

38. “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPREENÇÃO DA CONTROVÉRSIA. EXCESSO DE RIGOR FORMAL.

1. Na hipótese dos autos, a ausência de parte da ementa do acórdão proferido pela Corte de origem não prejudica a compreensão da demanda, de modo a obstar o conhecimento do agravo de instrumento.

2. Constitui-se excesso de rigor formal não conhecer do instrumento quando as demais cópias trasladadas são suficientes para se avistar a admissibilidade do recurso especial. Precedentes: AgRg no Ag 1.322.327/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 7.2.2011; AgRg no Ag 1.178.886/AP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.3.2010; EDcl no AgRg no Ag 945.037/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.8.2009; AgRg no Ag 665.456/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 20.6.2005.

3. Dessa forma, a matéria agitada no recurso especial merece ser reapreciada no âmbito desta Corte de Justiça, fazendo-se necessário determinar a subida do recurso especial, sem prejuízo do juízo de admissibilidade definitivo, o qual será oportunamente realizado neste Tribunal.

Agravo regimental provido para determinar a subida dos autos do recurso especial.” (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1.350.479/PE, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 22/2/2011, DJe de 2/3/2011).

4.3. As peças essenciais ou necessárias

Afora as peças obrigatórias (CPC, art. 525, I) e as facultativas (CPC, art. 525, II), impõe-se ao agravante instruir seu recurso também com as peças essenciais ou necessárias à compreensão da controvérsia. Com efeito, há hipóteses em que, para o tribunal poder realmente compreender a controvérsia contida no agravo de instrumento, não é suficiente a juntada das peças obrigatórias, despontando imprescindível que constem igualmente dos autos do agravo outras peças. Trata-se de exigência construída pela jurisprudência, a partir de uma interpretação extensiva do enunciado n. 288 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Nega-se provimento a agravo para a subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição do recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia”.

Há casos em que se afigura necessário ao tribunal, por exemplo, ter acesso ao teor da petição inicial ou da contestação ou, ainda, de um contrato que esteja adunado aos autos da demanda em curso no juízo de primeira instância. Sem as cópias dessas peças o tribunal não poderá compreender a controvérsia, não reunindo condições de destrinchar a questão posta em liça no recurso. Positivada a hipótese, mesmo que o agravo contenha todas as cópias obrigatórias, não será admitido pelo tribunal, caso ausente alguma cópia tida como essencial ou necessária à compreensão da controvérsia³⁹.

39. É ilustrativo o seguinte precedente: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO, NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA, POR FALTA DE PEÇAS NECESSÁRIAS. ART. 525, I E II, DO CPC. PRECEDENTES. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual a ausência de juntada de peças necessárias – cópias da petição inicial do arrolamento, da certidão de óbito e da declaração dos bens arrolados – infringe o art. 525, II, do CPC, o que leva ao não conhecimento de agravo de instrumento. 2. O art. 525, I e II, do CPC (com a redação da Lei nº 9.139, de 30/11/1995), dispõe que: ‘A petição de agravo de instrumento será instruída, (I) Obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado e, (II) facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis’. 3. Para o deslinde da questão a ser apreciada no agravo de instrumento ofertado no Tribunal *a quo* (pedido de isenção do recolhimento do imposto sobre transmissão causa mortis, por se tratar de monte-mor com valor inferior a 7.500 UFESP’s, instituído pela Lei Paulista nº 10.705/2000) é necessário o traslado das cópias da petição inicial do arrolamento, da certidão de óbito e da declaração dos bens arrolados, para fins de averiguação do valor dos bens arrolados a classificar a recorrente como inclusa no benefício da referida lei. 4. Na sistemática atual, cumpre à parte o dever de apresentar as peças obrigatórias e as facultativas – de natureza necessária, essencial ou útil –, quando da formação do agravo para o seu perfeito entendimento, sob pena de não conhecimento do recurso. 5. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior. 6. Recurso não provido.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 402.866/SP, rel. Min. José Delgado, j. 26.03.2002, DJ de 22.04.2002, p. 179).

Assim, além das cópias obrigatórias a que alude o inciso I do art. 525 do CPC, deverá o agravo ser instruído igualmente com outras cópias que sejam essenciais à compreensão da controvérsia.

É possível, porém, exatamente porque não se trata de peça processual cuja obrigatoriedade está prevista em lei, a intimação do agravante para regularizar o procedimento recursal⁴⁰. Trata-se de concepção de acordo com o princípio do contraditório e da cooperação, embora tal comportamento seja raro⁴¹.

A possibilidade de correção de defeitos processuais, no âmbito recursal, deve ser minimizada, mas não eliminada⁴². A redação do § 4º do art. 515 do CPC, embora se refira à apelação, é um indicativo claro nesse sentido: “§ 4º. Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

4.4. Desnecessidade de autenticação

O agravo de instrumento, já se viu, deve ser instruído, obrigatoriamente, com cópias de peças dos autos expressamente discriminadas no art. 525, I, do CPC.

40. A 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão, ainda que de forma enviesada, no julgamento do REsp n. 280.875-RJ, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 09.10.2001, publicado no DJ 04.03.2002, no qual ficou decidido que: “Se a peça não se acha prevista no art. 525, I, do CPC, como essencial, porém se revela indispensável ao exame da controvérsia segundo entendimento do órgão julgador, deve ele ou diligenciar para que ela seja juntada, ou determinar que o agravante complemente a instrução. Incabível, pois, o não conhecimento do agravo por ausência de documento não essencial, caso de petição que supostamente teria dado origem à prova pericial cujos ônus foram atribuídos à ré”. Embora os requisitos de admissibilidade do recurso possam ser investigados de ofício pelo magistrado, não pode ele exigir que a parte se desincumba de um ônus, que estava previsto apenas em sua cabeça, sem que se lhe tenha dado o alerta, fundamental na hipótese.

41. “A Corte Especial, diante das divergências de julgados, reafirmou entendimento, por maioria, no sentido de que o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do art. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos termos do art. 525, II, do CPC. A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça”. Precedente citado: REsp n. 449.486-PR, DJ 24.2.2003. EREsp n. 509.394-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 18.8.2004, Informativo n. 218 do STJ.

42. “Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e processo de conhecimento”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64).

Já se entendeu, durante longo tempo, que tais cópias deveriam ser autenticadas, sob pena de não ser admissível o recurso. Com a edição da Medida Provisória nº 1.770/99, e sucessivas reedições, passou-se a dispensar a autenticação para as pessoas jurídicas de direito público⁴³.

O entendimento jurisprudencial evoluiu para considerar *dispensável* a autenticação das peças arroladas no art. 525 do CPC, à mingua de previsão legal que contenha tal exigência⁴⁴, e por afrontar os escopos do processo e, igualmente, o princípio da duração razoável do processo⁴⁵. Ademais, estando o agravo instruído com peças processualizadas, cujos originais estão entranhados nos autos em que proferida a decisão, seria desnecessária e mesmo exagerada a exigência de autenticação⁴⁶. No particular, não haveria justificativa no empeco do acesso à instância revisora, quando as cópias, não autenticadas, sequer foram questionadas pela parte contrária⁴⁷. Em suma, o Superior Tribunal de Justiça assentou a orientação segundo a qual, nas instâncias ordinárias, onde é possível o suprimento de eventual irregularidade, a autenticação pode ser dispensada, salvo se houver impugnação à autenticidade das peças pela parte agravada.

A Lei nº 11.382/2006 acrescentou um inciso IV ao art. 365 do CPC, para deixar assente que fazem a mesma prova que os originais as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade. Essa evolução legislativa culminou na regra geral de que ao advogado se confere o poder de declarar autênticas cópias extraídas de autos judiciais, não se devendo, portanto, deixar de conhecer do agravo de instrumento por falta de autenticação, a não ser que o agravado alegue – e comprove – que as cópias não correspondem aos originais.

4.5. Comprovação da interposição do agravo de instrumento (art. 526, parágrafo único, CPC)

Com a superveniência da Lei n. 9.139/1995, o art. 526 do CPC havia passado a ostentar a seguinte redação: “Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três)

43. Conferir, dentre outros, o acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, no AGA 249.823/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.11.2000, *DJ* de 11.12.2000, p. 195.

44. Conferir: acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 297.360/SC, rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.03.2001, *DJ* de 04.06.2001, p. 00160; no mesmo sentido: STJ, 3.ª T., REsp n. 258.379/AC, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.09.2001, *DJ* de 22.10.2001, p. 318.

45. STJ, 4ª T., REsp n. 204.887/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.02.2001, *DJ* de 02.04.2001, p. 296.

46. STJ, 3ª T., REsp n. 224.484/ES, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.02.2001, *DJ* de 13.08.2001, p. 145.

47. STJ, 3ª T., REsp n. 254.048/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.06.2000, *DJ* de 14.08.2000, p. 169.

dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso”. Considerando que tal regra teria criado mais um *ônus processual* para o agravante, juristas de escol passaram a entender que a ausência do seu cumprimento implicaria a consequência de retirar do agravo de instrumento um de seus pressupostos de admissibilidade. Assim, não cumprida pelo agravante a providência reclamada pelo art. 526 do CPC, não deveria ser conhecido o agravo de instrumento interposto diretamente ao tribunal⁴⁸.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a entender que o prazo de três dias a que alude o art. 526 do CPC somente teria início da “publicação do despacho que recebeu e mandou processar o referido recurso”⁴⁹. Em outras palavras, o STJ chegou a entender que o termo inicial da contagem de tal prazo seria a publicação da decisão do relator que admitia o agravo de instrumento no tribunal.

Não é esse, todavia, o entendimento prevalecente. Atualmente, entende o STJ que “o termo inicial de contagem do prazo para o agravante comunicar o juízo da decisão agravada sobre a interposição do agravo é a data de seu protocolo na instância *ad quem*. Precedentes da 4ª. e 5ª Turmas do STJ”⁵⁰.

Enfim, uma vez interposto o agravo de instrumento no tribunal, já começa a correr o prazo de três dias para que o agravante, nos termos do art. 526 do CPC, informe ao juiz a referida interposição, com a comprovação do efetivo protocolo e a indicação das peças que o instruíram.

A Lei n. 10.352/2001, ao acrescentar um parágrafo único ao art. 526 do Código de Processo Civil, dirimiu essa polêmica. Agora, não há dúvidas. Trata-se de um ônus: o não cumprimento, pelo agravante, do quanto disposto no *caput* do art. 526 poderá implicar o não conhecimento do seu agravo de instrumento.

Eis o texto do parágrafo único do art. 526, CPC: O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

Durante a tramitação do Projeto de Lei n. 3.474/2000 no Congresso Nacional, que resultou na Lei Federal n. 10.352/2001, acrescentou-se a exigência de que o

48. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Novo agravo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 101-105; CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 44-46.

49. STJ-1ª T., REsp n. 775.532/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 08.11.2005, *DJ* de 19.12.2005, p. 269. *No mesmo sentido*: STJ-1ª T., REsp n. 931.110/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 04.03.2008, *DJe* de 27.03.2008.

50. STJ-2ª T., REsp n. 1.039.788/AM, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 18.12.2008, *DJe* de 18.02.2009. Assim, também, STJ-3ª T., REsp n. 1.042.522/PR, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 14.04.2009, *DJe* de 23.06.2009; STJ-4ª T., AgRg no REsp n. 1.124.338/MG, Rel. Min. Alcir Passarinho Junior, j. em 17.06.2010, *DJe* em 04.08.2010.

não cumprimento do ônus houvesse de ser alegado e provado pelo agravado – não constava da proposta original.

Primeiramente, deve-se ressaltar que esta singela mudança alterou ensinamento consagrado no sentido de que os requisitos de admissibilidade dos recursos poderiam ser conhecidos de ofício pelo magistrado. Este requisito, como visto, somente pode ser conhecido, se houver provocação do agravado.

Há, como se vê, uma distribuição de ônus entre o agravante e o agravado: o primeiro deve apresentar a petição; apresentada a peça, não haverá possibilidade de consequência que lhe seja prejudicial; se não o fizer, o agravado passa a ter o ônus de alegar e comprovar a ausência do ajuizamento da petição.

E qual a razão disto?

Embora não constasse da proposta original, formulada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, a razão de ser desta mudança encontra-se no texto da exposição de motivos do mencionado projeto.⁵¹

Esta exigência calca-se, pois, em dois interesses: a) do agravante: ensejar um juízo de retratação do magistrado *a quo*; b) do agravado: proporcionar o imediato conhecimento dos termos do agravo, sem a necessidade do deslocamento ao tribunal (aqui, a preocupação é maior com os advogados que atuam em comarcas do interior, distantes da sede do tribunal). Protegem-se, assim, com esta formalidade, interesses estritamente particulares. Não há nenhuma justificativa de ordem pública a ensejar esta providência, nem mesmo a de dar ao magistrado *a quo* a ciência do recurso interposto contra a sua decisão. É que, ao ser intimado a prestar informações ao relator, o magistrado tomaria conhecimento do agravo. Além disso, se o intuito fosse apenas o de dar ensejo à retratação (ou dar ciência ao magistrado), não haveria sentido de estabelecer-se prazo para isso. O prazo foi estabelecido como fator garantidor do outro interesse: o do agravado.

51. Ao art. 526, relativo à comunicação do agravo de instrumento perante o juízo de primeiro grau, propõe-se acrescentar parágrafo único, a fim de dar solução às controvérsias surgidas sobre se tal providência, a cargo do agravante, é meramente facultativa ou se constitui condição de admissibilidade do recurso. Inclina-se o Projeto pela segunda alternativa, com amparo em autorizada doutrina, porquanto inconcebível impusesse a lei ao recorrente uma obrigação, fixando-lhe prazo, sem nenhuma consequência processual para o descumprimento. Aliás, a comunicação prevista no art. 526 tem por objetivo maior o de proporcionar ao agravado imediato e perfeito conhecimento dos termos do agravo, de molde a habilitá-lo a bem oferecer sua resposta sem necessidade de deslocar-se para consultar os autos do recurso na secretaria do tribunal (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Novo agravo*, 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 106/110; CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 44-45).

Com base nestas premissas, é possível responder a perguntas que surgirão inevitavelmente.

Se o juiz, em suas informações, avisar ao relator que o agravante não providenciou a juntada daqueles documentos, poderá o recurso não ser conhecido?

Não. O texto é claro, bem como são cristalinas as suas razões: sendo interesses particulares o objeto da proteção, somente por provocação do agravado o tribunal pode ter conhecimento do descumprimento do ônus. No entanto, como bem apontado por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, nada impede que o agravado se valha das informações do magistrado como meio de prova de sua alegação de que o agravante não se desincumbiu do ônus do art. 526, CPC.⁵² Normalmente, no entanto, a prova será feita por certidão negativa.

Há prazo para o agravado alegar o mencionado descumprimento do ônus pelo agravante?

A lei silencia a respeito. Uma primeira interpretação – talvez influenciada pela concepção de que os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser investigados a qualquer tempo – poderia levar ao entendimento de que não haveria prazo, pois a lei nada falou. Não é esse o posicionamento aqui defendido: ao impor uma formalidade, o dispositivo tem de ser interpretado dentro do sistema de nulidades do Código. E assim prescreve o art. 245, CPC: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento”.

Como não se trata de questão que possa ser conhecida de ofício, o descumprimento do ônus do art. 526 enquadra-se na hipótese normativa do *caput* do art. 245. Assim, o agravado deve alegá-lo nas contrarrazões – normalmente o primeiro momento que lhe cabe falar nos autos –, sob pena de preclusão. Os requisitos de admissibilidade do recurso nada mais são do que espécies de requisitos processuais de validade, que se caracterizam pelo particular efeito que a sua falta produz: a inadmissibilidade da postulação recursal.

52. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 162.

A incidência do art. 245 é, pois, inevitável. Outra interpretação poderia levar, ainda, a chicanas processuais: o agravado se calaria, deixando para o último momento possível esta “arma”, que somente ele poderia manejar.

O agravo de instrumento não será admitido, necessariamente, se for alegada e provada, pelo agravado, a não-juntada da documentação no juízo a quo?

Não. Como se trata de requisito formal criado com o objetivo de favorecer o agravado, quando o seu desrespeito não gerar prejuízo (art. 244 do CPC) – no caso, a dificuldade de acesso ao conteúdo do agravo –, não será possível considerar-se inadmissível o agravo de instrumento interposto. Também aqui se impõe compatibilizar os sistemas de admissibilidade do recurso e o de nulidades. Bem se posicionou Cruz e Tucci:

“Observa-se, pois, que a reforma, nesse particular, dá ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, visto que, em muitas situações, como naquelas ocorrentes nas comarcas das Capitais, a consulta dos autos de agravo no tribunal é muito mais simples e facilitada do que o exame no cartório de primeiro grau”.⁵³

É possível não se conhecer do recurso, por descumprimento do ônus do art. 526, em razão da provocação do Ministério Público interveniente?

A resposta a essa pergunta carece de uma rápida lembrança das posições jurídicas assumidas pelo Ministério Público, nas hipóteses em que se impõe a sua intervenção. Quando intervém em causas que envolvam interesse de incapaz (art. 82, I, CPC), a atuação do Ministério Público é vinculada (em benefício do incapaz) e a sua intervenção justifica-se como mecanismo de equilíbrio do contraditório. Trata-se de intervenção semelhante à do assistente, embora obrigatória. Nessas hipóteses, poderá o Ministério Público, em sua manifestação, suprir o silêncio do agravado-incapaz, desde que tenha provas do não-cumprimento do mandamento do art. 526 do CPC. Na condição de *custos legis*, não pode o Ministério Público suprir o silêncio do agravado, pois a sua atuação, no caso, é imparcial, *supra partes*.

4.6. Procedimento do agravo de instrumento

Dos termos do art. 527 do CPC infere-se que tal dispositivo estabelece um verdadeiro “roteiro” a ser seguido pelo relator no agravo de instrumento. Inicialmente, deve ele verificar se é caso de aplicar ou não o art. 557 do CPC. Passado esse exame, irá verificar se é a hipótese de determinar a conversão do agravo em

53. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 115. No mesmo sentido, PEREIRA, Mateus Costa. “Da exigência contida no art. 526 do CPC e as razões em que se funda: uma análise sob a perspectiva do juízo de admissibilidade dos recursos”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2010, n. 87, p. 88 e segs; STJ, REsp n. 944.040-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.5.2010.

retido. Caso não seja, apreciará o eventual pedido de efeito suspensivo ou de tutela antecipada recursal para, somente então, solicitar, se for o caso, informações ao juiz da causa e oportunizar o contraditório, determinando a intimação do agravado para responder ao recurso.

Interposto o agravo de instrumento diretamente no tribunal, deverá ser distribuído *incontinenti*, daí seguindo a conclusão dos autos ao relator. Recebidos os autos pelo relator, este deverá verificar se é caso de se negar, liminarmente, seguimento ao agravo. Sendo o agravo intempestivo, manifestamente improcedente, deserto, contrário a súmula ou a jurisprudência dominante, deverá o relator, com apoio no art. 557 do CPC, negar-lhe seguimento. Diversamente, havendo súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, poderá o relator dar imediato provimento ao agravo de instrumento. Tanto da decisão que lhe nega seguimento como da que já lhe dá provimento cabe agravo interno, no prazo de 5 (cinco) dias.

Comose vê, a aplicação do art. 557 do CPC, no agravo de instrumento, ocorre antes de que se instaure o contraditório. Só que, para que se atenda ao princípio constitucional do contraditório, tal conclusão somente se compatibiliza com a hipótese de ser *negado seguimento* ao agravo. No caso de se lhe *dar provimento*, parece ser necessário instaurar-se, previamente, o contraditório, a fim de que o agravado possa ter a oportunidade de demonstrar que o caso não se enquadra na hipótese de *manifesto* contraste com súmula de tribunal superior ou jurisprudência do plenário do STF.

Esse, aliás, é o entendimento manifestado por autorizada doutrina:

“Nenhuma alteração houve, ao que tudo indica, quanto à regra de que o relator pode *negar seguimento* ao agravo liminarmente, nos casos do art. 557 do Código de Processo Civil. Isto pode ser feito independentemente de se ter estabelecido o contraditório e mesmo de o juiz ter prestado informações, já que o agravo, incidindo o art. 557, segue por um outro caminho, diferente e *incompatível* com o art. 527, incisos III a VI. Por esta razão, e já que o contraditório *não está formado*, parece que não se aplica ao agravo o § 1º.A, ou seja, o relator não pode, sob qualquer pretexto, dar provimento ao recurso sem estabelecer o contraditório, por mais *manifestas* que sejam as situações ocorrentes (das listadas no § 1º-A)”⁵⁴

Enfim, para *negar seguimento* o relator poderá fazê-lo independentemente de contraditório, mas, para *dar provimento*, deverá instaurar, previamente, o contraditório.

54. WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 166.

No agravo de instrumento, a situação deve submeter-se a essa metodologia: para *negar seguimento*, o relator *já* pode fazê-lo, *sem* precisar instaurar contraditório, eis que se trata de decisão favorável ao agravado, e contrária ao agravante. Para *dar provimento* ao recurso, deverá, contudo, instaurar o *prévio contraditório*, pois se trata de decisão contrária ao agravado, e favorável ao agravante. Ao agravado se deve possibilitar a chance de tentar participar do convencimento do magistrado, em homenagem ao princípio do contraditório.

Nem se diga que o contraditório estaria respeitado com a possibilidade de interposição do agravo interno. A prevalecer esse argumento, poder-se-ia aceitar que o juiz já condenasse o réu, sem mesmo citá-lo, afirmando que o contraditório não seria ofendido, pois lhe sobraria a hipótese da apelação...

Também não se diga que, em havendo urgência, justifica-se diferir o contraditório para um momento posterior, relegando-o para o eventual agravo interno que porventura fosse interposto pela parte. Se, efetivamente, há urgência, deve ser concedido o efeito suspensivo a que alude o inciso III do art. 527 do CPC. A urgência é o pressuposto para o efeito suspensivo, e não para o provimento imediato previsto no § 1º-A do art. 557 do CPC.⁵⁵

Dar provimento *liminar* ao agravo de instrumento não equivale a diferir o contraditório, mas o afastar ou não lhe obedecer. A parte, para exercer o contraditório, não pode ser obrigada a interpor recurso. Concedido efeito suspensivo, e não havendo recurso, ter-se-á a chance do contraditório. Já provido o agravo, e não havendo recurso, já está prestada a jurisdição recursal, não restando mais qualquer oportunidade de ser revista a decisão. Não haverá, enfim, contraditório diferido, mas ausência ou inexistência de contraditório.

Poder-se-ia argumentar que, a se exigir o contraditório prévio, não se estaria dando aplicação eficaz ao art. 557 do CPC, processando-se o recurso que já poderia ser resolvido imediatamente. Ora, a finalidade do art. 557 do CPC é livrar o

55. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO RELATOR. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA RESPOSTA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. 1. A intimação do recorrido para apresentar contrarrazões é o procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, previsto em qualquer recurso, inclusive no de agravo de instrumento (CPC, art. 527, V). Justifica-se a sua dispensa quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, I), já que a decisão vem em benefício do agravado. Todavia, 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. 527, § 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. 527, III). 2. Recurso especial a que se dá provimento." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp n. 892.320/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 13.3.2007, publicado no DJ de 23/4/2007, p. 240).

recurso de inclusão em pauta, agilizando e adiantando a prestação jurisdicional. E essa finalidade é alcançada, ainda que se oportunize o contraditório. Ademais, é preciso atender à exigência constitucional de respeito ao contraditório e à ampla defesa, com o que se mantém a higidez do devido processo legal.

Estando em termos o agravo de instrumento e não tendo o relator lhe negado seguimento ou lhe dado imediato provimento, passará a verificar se é caso de converter o agravo de instrumento em agravo retido. Não sendo caso de agravo de instrumento, deverá o relator convertê-lo em agravo retido. Dessa decisão não cabe agravo interno, cabendo apenas um simples pedido de reconsideração (CPC, art. 527, parágrafo único) ou mandado de segurança contra ato judicial. É mais razoável, assim, não obstante a disposição legal, defender a tese de que ainda se admite o agravo interno, sob pena de se ter de aceitar a impetração de mandado de segurança contra ato que, indevidamente, converteu o agravo de instrumento em agravo retido, cujo prazo seria de cento e vinte dias, ao contrário dos cinco dias destinados ao agravo interno. Essa interpretação justifica-se como meio de dar efetividade ao direito fundamental a um processo sem dilações indevidas.

Convertido o agravo de instrumento em agravo retido, serão os autos encaminhados ao juízo de primeira instância para que, apensados aos autos principais, ali se mantenha, devendo a parte interessada reiterá-lo nas razões ou contrarrazões de eventual apelação.

4.7. Considerações sobre o agravo contra a decisão do relator. Inviabilidade do agravo interno contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, contra a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal

O parágrafo único do art. 527 do CPC continha, até a edição da Lei n. 11.187/2005, a seguinte redação: “Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do art. 525”. Vale dizer que as contrarrazões oferecidas pelo agravado poderiam ser, no prazo legal, protocoladas no tribunal, ou postadas no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, de acordo com a forma estabelecida pela legislação local.

Essas possibilidades estão mantidas. A remissão ao § 2º do art. 525 do CPC passou a constar do texto do inciso V do art. 527, a fim de que o referido parágrafo único passasse a ostentar nova redação, que é a seguinte:

“Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

No tocante ao caso do inciso III, a norma incorpora praxe adotada em alguns tribunais. Proferida a decisão do relator, relativa à concessão de efeito suspensivo ou à de tutela antecipada recursal, a parte interessada interpõe agravo interno. Colhidas as contrarrazões e incluído na pauta de julgamento, o agravo de instrumento já é definitivamente julgado, tendo-se por prejudicado o agravo interno. Este último, na verdade, somente vem sendo apreciado, em alguns tribunais, quando se revela presente uma extrema urgência, não sendo possível aguardar-se o desfecho do próprio agravo de instrumento.

Essa praxe adotada em alguns tribunais restou, como dito, positivada, sendo certo que a decisão que concede ou denega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal deverá somente ser revista quando do julgamento do próprio agravo de instrumento, podendo, contudo, caso haja extrema urgência, haver uma reapreciação pelo relator, em juízo de reconsideração⁵⁶.

Não é possível, todavia, aplicar tal sistemática à hipótese do inciso II, se bem que o novo parágrafo único do art. 527 do CPC a ele faça menção. A disciplina legal, no que concerne ao inciso II, não fosse despropositada, seria risível. Determinada a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, somente – estabelece o parágrafo único do art. 527 do CPC, na redação dada pela Lei nº 11.187/2005, – será passível de reforma no momento do julgamento do agravo (!?).

Ora, convertido o agravo de instrumento em agravo retido, essa decisão que determinou a conversão somente será revista, quando for julgado o agravo retido...!? Não tem sentido a dicção do texto legal! Julgado o agravo retido, não há mais como ser desfeita a conversão, subtraindo-se a utilidade do agravo de instrumento então interposto. A regra ofende o princípio da efetividade, deixando de garantir um processo justo, com resultados efetivos. Sua inconstitucionalidade é, portanto, manifesta. Além do mais, é sabido que a norma não pode positivar situações esdrúxulas, absurdas ou impraticáveis, devendo, então, ser desconsiderada.

À evidência, interposto agravo de instrumento e vindo a ser convertido indevidamente em agravo retido, deverá ser admitido o agravo interno contra tal conversão indevida. Não admitido o agravo interno, ter-se-á como inútil o agravo de instrumento. Sendo inútil o recurso cabível contra determinado ato judicial, sobeja a via do mandado de segurança como adequada para corrigir eventual ilegalidade ou abusividade cometida judicialmente. A conversão indevida subtrai do

56. Sobre o pedido de reconsideração, conferir: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O pedido de reconsideração e suas hipóteses de cabimento. *Revista Dialética de Direito Processual*. 4:100-112. São Paulo: Dialética, julho-2003.

agravo a utilidade ou aptidão para combater a lesividade sofrida pelo agravante. Cabe, então, um mandado de segurança⁵⁷, não com a finalidade de se obter efeito suspensivo ao recurso, mas como ação autônoma de impugnação⁵⁸, ou seja, com a mesma pretensão formulada no recurso⁵⁹, cabendo a providência liminar (CPC, art. 558). É que, não vindo o recurso interposto a ter eficiência pragmática, ex-surge a necessidade do mandado de segurança, desnudando-se a presença do seu indispensável interesse de agir.

Na hipótese do inciso III do art. 527 do CPC, poderá ser igualmente descerrado o acesso para a impetração do mandado de segurança. De fato, concedido ou negado o pedido de efeito suspensivo ou de tutela antecipada recursal, já se viu que a correspondente decisão somente será revista quando do julgamento do próprio agravo de instrumento ou, desde logo, em juízo de reconsideração.

Na eventualidade de não ser exercido o juízo de reconsideração e, a despeito da urgência, não haver o julgamento do próprio agravo de instrumento, este recurso não estará apto a resolver o problema do agravante, revelando-se ineficaz, inoperante e inútil. Abre-se, então, o caminho para a impetração do mandado de segurança, com vistas a obter a medida que restou indeferida pelo relator. É que, nesse caso, o agravo de instrumento não ostenta utilidade, cabendo o *writ* para obtenção do desiderato perseguido.

Os tribunais são, normalmente, estruturados para emitir decisões colegiadas, com vistas a obter, com maior grau de probabilidade, o acerto e a justiça do julgamento final. Ademais, “a colegialidade é também um importante fator de busca da legitimidade do Judiciário, ou seja, de persuasão do jurisdicionado de que a sua causa foi julgada por uma junta de juízes, que discutiram a matéria procurando em conjunto encontrar a solução mais justa: juízes que revelaram o direito das partes no exercício mais autêntico do mandato recebido do povo e sob o mais eficaz mecanismo de controle, aquele que cada julgador exerce sobre o comportamento dos demais, porque a decisão que todos buscam vai influir na reputação de cada um”⁶⁰.

57. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. “Mandado de segurança contra ato judicial”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 18, p. 76, item. 3.4.

58. CARVALHO, Pedro Leonel Pinto de. “Segurança e recurso contra ato jurisdicional”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1983, n. 32, p. 315-317.

59. BARBI, Celso Agrícola. “Mandado de segurança contra ato judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1984, n. 36, p. 30-31.

60. GRECO, Leonardo. “A falência do sistema de recursos”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 1, p. 103.

Na verdade, e consoante se percebe, a colegialidade das decisões dos tribunais, longe de constituir uma garantia fundamental do processo ou uma garantia individual do jurisdicionado, sobreleva como fator de legitimidade dos julgamentos ali proferidos, ostentando a feição de penhor da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário.

Significa que, em princípio, todos os julgamentos, decisões e provimentos deveriam ser concedidos, nos tribunais, pelo colegiado. Só que, diante da necessidade de agilizar a prestação jurisdicional quanto a requerimentos que reclamam apreciação imediata e em vista da racionalidade e conveniência que se impõem na rotina dos tribunais, a análise dos pleitos urgentes é transferida, via de regra, ao relator, a quem se permite, em juízo de cognição sumária, a prolação de provimentos emergenciais.

A competência, contudo, é, como se viu, do colegiado; ao relator permite-se uma espécie de antecipação do pronunciamento do órgão colegiado, em pronunciamento monocrático. Daí porque essa decisão do relator pode sempre ser revista pelo órgão do tribunal, por meio da interposição do agravo interno ou regimental. É que a competência, para julgamento, é do colegiado. Tal competência – não custa repetir – foi, momentaneamente, transferida ao relator, com vistas a racionalizar a atividade interna do tribunal. Vale dizer que o tribunal sempre terá a possibilidade de poder rever a decisão do relator, preservando, desse modo, sua competência originária. E é com o agravo interno ou regimental que se permite seja integrada a competência do colegiado, obtendo-se seu posicionamento quanto ao caso⁶¹.

O art. 39 da Lei Federal n. 8.038/1990 prevê o cabimento de agravo contra decisão proferida por membro de tribunal (Presidente do Tribunal, da Seção ou da Turma, ou o relator) que causar gravame à parte, em cinco dias. Esse dispositivo está previsto em lei que regulamenta os processos perante o STJ e o STF. O STJ possui decisões que, corretamente, aplicam o art. 39 mencionado, por analogia, a qualquer decisão unipessoal proferida por qualquer tribunal (STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp n. 1.115.445 / DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 24.05.2010; 1ª T., Resp n. 575.938, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.2004, publicado em 16.08.2004, p. 143; 2ª T., Resp n. 770.620, rel. Min. Castro Meira, j. 01.09.2005, publicado no DJ de 03.10.2005, p. 236)⁶².

-
61. Sobre o assunto, consultar: CARNEIRO, Athon Gusmão. “Poderes do relator e agravo interno – Arts. 557, 544 e 545 do CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 100; TALAMINI, Eduardo. “Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2002.
62. “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE DAS DECISÕES. (AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

O provimento de urgência pode ser concedido por tribunal, de forma colegiada ou mediante decisão isolada do relator. Aliás, alguns tribunais – a exemplo do STF e do STJ – mantêm o hábito de submeter a decisão do relator que concede provimento de urgência para referendo da turma. Não se nega que o relator – até mesmo por tradição – tem poderes para apreciar (e até conceder) liminares em tribunal. Levar a questão para referendo da turma tem o único efeito prático de impedir a posterior interposição do agravo interno ou regimental. E isso porque o objetivo do regimental é, justamente, obter o posicionamento da turma, da câmara, enfim, do respectivo colegiado. Ora, se é o próprio colegiado que está decidindo ou ratificando a decisão, não subsiste razão para obter seu posicionamento: este já foi emitido, descabendo o agravo regimental. Caso, entretanto, o relator decida, sem submeter a questão ao crivo do colegiado, caberá, então, o agravo regimental, para que se obtenha o posicionamento deste a respeito da questão decidida.

Em suma, é possível haver provimento de urgência concedido, originariamente, em tribunal, seja por decisão isolada do relator, seja por decisão proferida pelo próprio colegiado. Sendo o provimento deferido por relator, cabe a interposição de agravo interno ou regimental para se obter o posicionamento do colegiado. Caso, todavia, seja deste a decisão, cabe a eventual interposição de recurso especial, não

PARA CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA).

1. É cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal.

2. O art. 39 da Lei nº 8.038/90, que disciplina o cabimento do agravo interno contra decisão singular proferida por membro do Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, deve ser aplicado, por analogia, aos demais tribunais pátrios, ainda que inexistia previsão no Regimento Interno do Tribunal de Segunda Instância. Precedentes. (AgRg no AG n. 556508/TO, de minha relatoria. DJI. 30.05.2005; AG n. 712619/PI. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ. 10.11.2005; Ag no AG n. 421168/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 24.06.2002).

3. 'A decisão monocrática de relator indelirindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.038, de 1990. (MC 6566, Rel. Min. Teori Zavascki)'

4. A lei 8.038/90 prevê, no art. 39, o direito de a parte reiterar o pedido perante o próprio colegiado. Nestes casos, cabe à parte sucumbente impugnar os fundamentos da decisão monocrática através de agravo regimental, como forma de assegurar o princípio da colegialidade, garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões.

5. A súmula 622/STF, que desautoriza o cabimento do agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança, não se harmoniza com o próprio artigo 317 do RISTF, que prevê agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de um dos seus membros que cause prejuízo ao direito da parte, outra não é a exegese do art. 258 do RISTJ.

6. É da natureza dos tribunais superiores o exercício colegiado da jurisdição. Conseqüentemente, se a lei ou o Regimento conferem a um dos membros do Tribunal, por razões de urgência e de abreviação do serviço judiciário, o exercício de função jurisdicional, ele a desempenha em nome do colegiado, mas sem poder tolher o acesso do jurisdicionado ao colegiado, que é o juiz natural da causa.

7. Agravo Regimental desprovido." (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, AgRg no Ag 827.242/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. 7/12/2006, DJ de 1/2/2007, p. 427).

sendo mais possível, diante dos termos do enunciado n. 735 da súmula do STF, haver a interposição do recurso extraordinário.

É irrelevante se o agravo interno esteja previsto em lei ou no regimento, podendo ser chamado de agravo legal, agravo regimental, agravinho, agravo interno ou simplesmente agravo⁶³. Trata-se de uma modalidade do recurso de agravo, cuja interposição se faz internamente nos tribunais, contra decisões isoladas de relatores, com procedimento previsto nos regimentos internos e, cada vez mais, absorvido ou incorporado em leis formais. Se a lei prevê o agravo interno para determinada situação específica, como, por exemplo, no caso do § 1º do art. 557 do CPC, mas a parte o interpõe, rotulando-o de agravo regimental, não há qualquer problema, pois se trata do mesmo recurso. E, ainda que não se tratasse, seria o caso de se aplicar o princípio da fungibilidade para admiti-lo.⁶⁴

Não obstante todas essas considerações, a Lei 11.187/2005, ao conferir nova redação a alguns dispositivos do CPC que tratam do agravo, pareceu pretender eliminar a possibilidade de ser interposto o agravo interno da decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido e, igualmente, da decisão do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ou a tutela antecipada recursal.⁶⁵ O STJ, porém, acolhendo a argumentação aqui defendida e seguindo a orientação por ele mesmo firmada, no sentido de generalizar a aplicação do art. 39 da Lei n. 8.038/1990, entendeu cabível agravo regimental da decisão do relator que converte agravo de instrumento em agravo retido (STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no

63. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 557, § 1º, DO CPC. 1. O agravo regimental é o recurso previsto no art. 557, § 1º, do CPC, que tem recebido, porém, nomes diferentes. Contudo, a variedade na nomenclatura não tem o condão de transformá-lo em recurso diverso. 2. Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 2ª T., REsp n. 579.759/PE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.08.2005, DJ de 19.09.2005).

64. "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICABILIDADE. 1. A interposição de agravo regimental em face de decisão monocrática do relator, negando seguimento ao recurso, encontra previsão legal, o que possibilita a aplicação do princípio da fungibilidade recursal à presente hipótese, na qual o acórdão entendeu incorreto o *nomen iuris* atribuído à irresignação. 2. Deveras, no plano prático, cuida-se de interposição de agravo regimental, com fulcro no artigo 557, §1º, do CPC, ao invés de cognominado agravo legal ou simples, previsto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco. 3. Inexistência de erro grosseiro. Aplicação do Princípio da Fungibilidade. 4. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: AGRESP 294.695/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi e RESP 53645 / SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Cite-se, a *contrário sensu*: AARESP 503303/PR, desta relatoria, DJ de 13.10.2003; AGRESP 403345/SC, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 09.12.2002; ADRESP 329428/MG, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02/09/2002; AGRESP 251832/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 13.08.2001 e AgRg nos Edcl no AG 186.620, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 11.06.2000. 5. Recurso especial provido." (STJ, 1ª T., REsp n. 698.179/PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2005, DJ de 29.08.2005, p. 184).

65. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4 ed. São Paulo: RT, 2006, n. 1.8, p. 97-101.

REsp n. 1.115.445 / DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 24.05.2010). Curiosamente, o mesmo STJ, em precedente oriundo do mesmo Ministro, que ressaltou o seu entendimento pessoal, disse não caber agravo regimental da decisão sobre o pedido de efeito suspensivo no agravo de instrumento (STJ, 1ª T., RMS n. 25.949/BA, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 04.03.2010, publicado no DJe 23.03.2010). Haverá, como já se viu, um estímulo ou um retorno ao uso do mandado de segurança contra ato judicial.

Há decisão do STJ que considerou admissível a interposição do agravo regimental contra decisão do relator que nega efeito suspensivo no agravo de instrumento, já sob a vigência do novo parágrafo único do art. 527, sob o fundamento de que o inciso III do mesmo art. 527 apenas diz respeito à decisão do relator que concede efeito suspensivo (STJ, 2ª T., AG Rg na MC 11.510/MT, rel. Min. Castro Meira, j. em 03.08.2006, publicado no DJ de 21.08.2006).

4.8. Extinção do processo em julgamento de agravo de instrumento⁶⁶

É possível que o processo seja extinto em julgamento de agravo de instrumento. Com efeito, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “o tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feito *icto oculi*, pode extinguir o processo com base no art. 267, em julgando um *agravo*, em que a matéria não tenha sido ventilada”⁶⁷. É preciso, porém, que o agravo seja admitido. A admissão do agravo abre a jurisdição do órgão *ad quem*, que, em função da profundidade do efeito devolutivo do recurso, poderá apreciar toda a matéria que lhe foi posta para apreciação (art. 515 do CPC, que é a aplicação da regra da congruência na fase recursal – arts. 128 e 460 do CPC). Mas não é só a matéria impugnada pelo recorrente que poderá ser apreciada: o órgão *ad quem* também poderá conhecer: a) as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º); b) os demais fundamentos do pedido ou da defesa, quando apenas um deles foi objeto de acolhimento pelo órgão *a quo* (art. 515, § 2º); c) as questões anteriores à sentença que ainda não foram decididas (art. 516).

A apreciação da matéria impugnada pelo recorrente, bem como da matéria devolvida/trasladada por força de lei, constitui exame de mérito do recurso. Esse exame somente pode ocorrer após o juízo positivo de admissibilidade, cuja análise lhe é preliminar. Daí se concluir que é possível, em razão da profundidade do efeito devolutivo ou simplesmente do efeito translativo, que

66. Escrito com o auxílio dos professores Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga.

67. *Os agravos no CPC brasileiro*, 4 ed. São Paulo: RT, 2006, n. 5.3.1, p 340.

o tribunal, em sede de agravo, extinga todo o processo principal, desde que o recurso haja sido admitido.

Nesse caso, há uma curiosidade: o processo será extinto, mas não terá havido sentença, somente uma decisão interlocutória e um acórdão ou decisão do relator. Dai se poder dizer que, nesse caso, “a sentença” é o acórdão ou o acórdão tem conteúdo de sentença, produzindo seus efeitos e ostentando sua consequência de pôr termo ao processo (ou à fase de acerto).

4.9. Agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença⁶⁸

Questão interessante é a de saber qual o destino a ser dado ao agravo de instrumento pendente de julgamento no tribunal nos casos em que já sobreveio sentença no processo em que fora proferida a decisão interlocutória por ele impugnada. Isto porque não são raros os casos em que o tribunal, tendo notícia da prolação de sentença pelo juízo de primeira instância, entende, só por isso, que está prejudicado o agravo de instrumento. A questão se torna ainda mais interessante quando se acrescenta a ela um outro dado: e se contra a sentença superveniente não for interposto qualquer recurso? Qual o destino a ser dado ao agravo de instrumento?

A solução dada às questões não é pacífica⁶⁹.

Há quem diga que, admitido o agravo de instrumento, a decisão do tribunal, seja a que o acolhe ou a que o rejeita, substitui a decisão interlocutória, de modo que a sentença, por ter sido proferida por juízo singular, não poderia ser incompatível com a decisão tomada pelo órgão colegiado nos autos do agravo de instrumento. Este é o chamado critério da hierarquia e com base nele se entende que, justamente porque há a possibilidade de as decisões serem incompatíveis (acórdão do agravo e sentença), o agravo de instrumento não fica prejudicado por conta da superveniência de sentença. Os efeitos desta decisão final, portanto, ficariam condicionados ao desprovimento do agravo – isto é, à confirmação da decisão interlocutória.

Há, por outro lado, quem diga que, por ter sido proferida com base num juízo de cognição exauriente, a sentença englobaria a decisão interlocutória impugnada – que fora proferida com base em juízo de cognição sumária –, de modo que o agravo de instrumento perderia o seu objeto.

68. Escrito com o imprescindível auxílio de Rafael Oliveira, Professor das Faculdades Jorge Amado (BA).

69. Sobre os posicionamentos doutrinários de que se falará a seguir, ver inteiro teor do voto do Min. Castro Meira, nos autos do REsp 742512/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 11.10.2005, publicado no DJ 21.11.2005 p. 206.

Importante destacar a discussão travada no Recurso Especial nº 742.512/DF. Neste caso, tinha-se a seguinte situação de fato: numa ação cautelar, o juízo singular indeferiu a liminar pleiteada pela parte; em agravo de instrumento, esta liminar foi, por decisão do relator, deferida; no processo principal sobreveio sentença contrária ao autor/agravante. Surgiu, pois, a questão de se saber se ainda subsistia a liminar concedida em agravo de instrumento ou se o agravo perdera o objeto (caindo, por consequência, a liminar ali deferida).

O Min. Castro Meira, relator do recurso especial, chamou a atenção para o fato de que se deve analisar a situação concreta para que se saiba qual dos dois critérios deverá ser utilizado: o da hierarquia ou o da cognição. Eis as suas palavras:

“Imagine-se, por exemplo, que a liminar tenha sido concedida pelo tribunal em razão do que consta do documento X. Suponha-se que, na instrução, resta comprovada a falsidade desse documento ou surgem outros elementos de convicção que reduzem o seu valor probante, tendo sido, em razão disso, julgado improcedente o pedido do autor. Neste caso, a sentença deve sobrepor-se à decisão do agravo, o qual perderia o objeto, pois o critério da cognição prevalece sobre o da hierarquia.

Se, entretanto, não há modificação do quadro fático e probatório, nem sobrevém qualquer elemento que afaste a premissa da decisão proferida pelo tribunal no agravo, então prevalece a hierarquia, não perdendo o agravo o seu objeto.

Conclui-se: se não houve alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar”.⁷⁰

Neste recurso especial, a Min. Eliana Calmon proferiu voto divergente, no qual afirmou o seguinte:

“Por essas razões, não aceito o critério da hierarquia, pois adoto o da cognição. Entendo que a sentença tem prevalência sobre a decisão do Tribunal. É natural que caia por terra a decisão interlocutória que foi examinada no Tribunal, à vista dos pressupostos pertinentes a uma interlocutória, em cognição sumária. Este é o princípio, mas naturalmente existem exceções. Excepcionalmente, diante do *periculum in mora*, quando comprovada a inutilidade do processo se não se preservar a situação fática, será possível a quebra do princípio”.⁷¹

70. Voto do Min. Castro Meira, nos autos do REsp 742512/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 206.

71. Voto da Min. Eliana Calmon, nos autos do REsp 742512/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 206.

O Superior Tribunal de Justiça, após voto desempate do Min. Luiz Fux, terminou por chegar à conclusão de que o agravo de instrumento, no caso concreto, não perdera o seu objeto, prevalecendo o voto do Ministro-relator Castro Meira.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, em julgado ainda mais recente, posicionou-se em sentido oposto diante de situação fática similar àquela que ensejara o recurso indicado nos parágrafos acima. Numa ação ordinária, movida por um contribuinte contra um dos Estados-membros da Federação, ao autor se concedeu tutela antecipada, que foi confirmada pelo respectivo tribunal estadual, quando do julgamento de agravo de instrumento, mas foi denegada pelo Superior Tribunal de Justiça, em face de recurso especial interposto pelo Estado-membro. Alegando desrespeito à decisão daquele superior tribunal, o Estado-membro ajuizou reclamação. Sucede que, depois disso, sobreveio no processo principal sentença favorável ao contribuinte. A relatoria coube à Min. Eliana Calmon – voto-vencido no recurso especial citado linhas atrás –, que proferiu voto no seguinte sentido:

“Há uma corrente minoritária nesta Corte, inclusive com recente julgado da Segunda Turma, a qual, filiando-se à teoria da hierarquia, entende que não pode o julgador revogar expressa ou tacitamente uma medida adotada pelo Tribunal, mesmo em juízo exauriente e de mérito, como o que ocorreu na hipótese.

O meu entendimento é no sentido de não aceitar a manutenção de uma tutela antecipada outorgada pelo Tribunal, se ela está em desacordo com a sentença de mérito proferida pelo juiz de primeiro grau”.⁷²

O Min. Luiz Fux, concordando com o entendimento da Min. Eliana Calmon, chegou a afirmar o seguinte:

“Essa reclamação seria o mesmo que dizer o seguinte: ‘Se o tribunal defere tutela antecipada, paralisa-se o processo e o juiz não pode proferir uma sentença de mérito’. Se acolhêssemos a reclamação, geráramos essa perplexidade”.⁷³

E com isso o Superior Tribunal de Justiça terminou por entender que a superveniência da sentença de mérito esvaziava o conteúdo do julgamento do recurso especial interposto contra acórdão do tribunal, no qual se denegara a concessão da tutela antecipada.

As situações ora narradas se contrapõem na medida em que o mesmo argumento utilizado pelo STJ para dar por prejudicada a reclamação também serviria

72. Voto da Min. Eliana Calmon, nos autos da Recl 1444/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 203.

73. Voto do Min. Luiz Fux, nos autos da Recl 1444/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 203.

para, eventualmente, dar por prejudicado o agravo de instrumento, se ele ainda estivesse, por hipótese, pendente de julgamento no tribunal: a superveniência de decisão proferida com base em juízo de cognição exauriente.

A premissa que se deve estabelecer para o correto enfrentamento do ponto é a de que a perda, ou não, do objeto do agravo pendente de julgamento não é questão que deva ser analisada em abstrato. A sorte do agravo de instrumento pendente de julgamento dependerá sempre da análise do caso concreto, não se podendo dizer abstratamente que a só superveniência da sentença vai gerar, *ipso facto*, a perda de objeto do referido recurso.

Tal como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, “o destino que deve ser dado ao agravo, depois de proferida a sentença, depende do conteúdo da decisão impugnada”.⁷⁴ Há casos em que é evidente a utilidade do agravo de instrumento, mesmo sobrevivendo sentença. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que é indeferido o pedido de denunciação da lide: sobrevivendo sentença contrária ao litisdenunciante, por óbvio que permanecerá ele interessado no julgamento do agravo de instrumento por ele interposto contra aquela decisão interlocutória e eventualmente pendente de julgamento.

É o que também ocorre nos casos em que a decisão interlocutória resolve parcialmente o mérito da demanda, mediante a antecipação do julgamento de um dos seus capítulos, quando ele prescinde de dilação probatória. Nesses casos, não se pode dizer, em absoluto, que a sentença superveniente esvaziará o conteúdo do agravo de instrumento eventualmente interposto contra aquela decisão, até porque a sentença sequer poderá tangenciar o capítulo de mérito resolvido pela interlocutória, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Aliás, a possibilidade de convivência entre agravo de instrumento e apelação interpostos no bojo de um mesmo processo – mas obviamente contra decisões distintas – está prevista na própria legislação. Com efeito, o *caput* do art. 559 do CPC é claro ao determinar que “a apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo”. Tem-se aí, pois, uma nítida demonstração de que nem sempre o agravo de instrumento pendente de julgamento perderá o objeto quando sobrevier a sentença; tanto que, interposta apelação contra tal sentença, terá precedência o julgamento do agravo.

74. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O destino do agravo após a sentença”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 689.

Mas há casos em que, efetivamente, a superveniência da sentença termina por esvaziar o conteúdo do recurso de agravo. É o que ocorre, *em regra*, nos casos em que se interpõe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional sob o fundamento de que estão ausentes os requisitos para a sua concessão. Sobrevindo sentença confirmatória da tutela antecipada, não há mais sentido em se discutir a presença ou ausência daqueles requisitos, tendo em vista o juízo de cognição exauriente com que foi proferida esta decisão final. O mesmo acontece em relação ao agravo de instrumento interposto contra o indeferimento da litisdenúncia, nos casos em que a sentença final favorece o litisdenunciante.

Em suma, a questão deve ser analisada sob a ótica do interesse recursal do agravante: se, a despeito da sentença superveniente, ainda lhe for útil, de algum modo, o julgamento do agravo – é dizer, se a sua posição no processo puder ser, de alguma forma, melhorada com aquele julgamento – não se pode ter por prejudicado aquele recurso; se, ao contrário, a partir da prolação da sentença, o provimento ou desprovimento do agravo não tiver o condão de influenciar em sua situação processual, outro caminho não restará senão o de tê-lo por prejudicado.

Já no que tange à sorte do agravo pendente de julgamento nos casos em que contra a sentença não se interpôs qualquer recurso, a solução também deverá ser tomada a partir da observação do caso concreto: se a questão objeto de exame no agravo de instrumento puder influenciar diretamente na possibilidade de examinar-se uma outra questão ou no conteúdo da resolução de uma outra questão – isto é, se se estiver discutindo no agravo questão preliminar ou prejudicial a uma outra questão resolvida ou decidida na sentença –, a decisão final, *mesmo irrecorrida* ou cuja apelação não tenha sido conhecida, estará condicionada, para que possa transitar em julgado, à solução dada ao recurso de agravo⁷⁵.

Nesse sentido é a lição de Nelson Nery Jr.:

“Sobrevindo sentença sem que tenha sido julgado, ainda, o agravo, não é necessário que o agravante ‘reitere’ o agravo ou apele da sentença, pois o seu infortúnio já foi exposto quando interpôs o recurso de agravo. A sentença, no caso, é dada sob a condição de ser desprovido o agravo, a exemplo do que ocorre com a execução provisória (CPC 587 e 588). Daí a sentença não ser acobertada pela coisa julgada

75. Em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier: “O destino do agravo após a sentença”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, vol. 7. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 697.

material, mas apenas pela preclusão (coisa julgada formal), se o agravante não a impugnar por apelação”.⁷⁶

Confira-se, ainda, o julgado do hoje Min. Cezar Peluso, ainda no tempo em que atuava no TJ/SP:

“Recurso. Agravo de instrumento. Provimento. Efeitos sobre os atos processuais praticados depois de sua interposição. Anulação automática deles, quando incompatíveis com o teor do provimento. Apelação contra sentença subsequente, não conhecida. Todos os atos processuais praticados depois da interposição de agravo de instrumento e incompatíveis com o teor do provimento dele, inclusive eventual sentença, ainda que de partilha ou de adjudicação, ficam nulos e sem efeito”⁷⁷.

Chega-se a tal conclusão porque a interposição do agravo, que é recurso dotado de efeito devolutivo, obsta a preclusão acerca da questão prévia, oportunamente impugnada, não se podendo imaginar que o só fato de a sentença não ter sido impugnada pudesse retirar do agravante o direito ao julgamento de mérito no procedimento recursal instaurado por provocação sua. Assim, a questão subordinada, resolvida ou decidida na sentença, carece ainda de definição quanto a um dos seus pressupostos lógicos (a questão prévia, ainda não apreciada), não se podendo dizer que possa surtir plenos efeitos enquanto a questão de cuja análise depende ainda não foi resolvida.

Relativamente à questão incidente, a preclusão foi obstada pela interposição do agravo. Assim, pelo efeito devolutivo do agravo já interposto, aquela matéria não foi alcançada pela preclusão do *decisum*. A decorrência natural disto é que a eficácia da sentença fica condicionada ao desprovimento do recurso de agravo. Se este for provido, todos os atos posteriores do procedimento terão sido anulados e outra sentença deverá ser proferida em lugar daquela sobre a qual se operou a preclusão⁷⁸.

É o que ocorre, por exemplo, com a sentença superveniente e irrecorrida, nos casos em que ela se funda em documento cuja falsidade material fora arguida oportunamente e é objeto de análise em agravo de instrumento pendente de julgamento. É o que ocorre também com a sentença fundada em prova cuja ilicitude se está discutindo em sede de agravo de instrumento, ou com a sentença proferida em processo no qual se negou a produção antecipada de prova requerida incidentemente na demanda cognitiva e que é objeto de apreciação em agravo, ou com aquela proferida em processo em que se discute a necessidade de reunião das causas por conexão. Em

76. NERY JR., Nelson. “Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 528.

77. TJSP, ApCiv 279.311-1/SP, 2ª. Câm. Dir. Priv., j. 16.04.1996, publicado na revista de Processo n. 95, p. 253. Há, ainda, nesta revista, belos comentários de Francisco Glauber Pessoa Alves a respeito deste acórdão.

78. NERY JR., Nelson. “Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento”, cit., p. 524.

todos esses casos, o agravo, uma vez provido, “derruba” a sentença, impondo-se o recomeço do procedimento, para que outra seja proferida.

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

A Emenda Constitucional n. 62/2009 alterou o disposto no art. 100 da Constituição Federal, acrescentando diversas regras relativas ao regime de precatórios, entre as quais se destacam os §§ 9º e 10, que preveem o abatimento, a título de compensação, no valor do precatório de débitos para com a correspondente Fazenda Pública⁷⁹.

Nos termos dos referidos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, na execução contra a Fazenda Pública, o juiz, antes de expedir o precatório ao Presidente do respectivo tribunal, solicitará à Fazenda Pública devedora, que deverá responder em até trinta dias, informações sobre débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o exequente.

Informada a existência desses débitos, seu valor correspondente deverá ser abatido, a título de compensação, do montante do precatório, de forma que este seja inscrito pela diferença, já se satisfazendo, assim, o crédito que a Fazenda Pública devedora mantém frente ao exequente (CF/88, art. 100, §§ 9º e 10).

Tal compensação não será possível se o crédito que a Fazenda Pública devedora mantiver em face do exequente estiver com sua exigibilidade suspensa ou caso esteja sendo por este impugnado na via administrativa ou judicial. Também não se procederá ao referido abatimento, a título de compensação, se a Fazenda Pública não prestar as informações solicitadas pelo juízo no prazo de trinta dias. Passado aquele prazo sem a apresentação das informações, a Fazenda Pública perderá o direito ao abatimento permitido no § 9º do art. 100 da Constituição Federal, tal como estabelece o § 10 do mesmo dispositivo, restando-lhe a via da execução fiscal.

A Lei nº 12.431, de 27 de junho de 2011, entre outros assuntos, regulamenta essa compensação prevista nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal. Tal regulamentação é feita nos arts. 30 a 44 de tal diploma legal.

Como se viu, o juiz da execução, antes de expedir o precatório, deve determinar intimação da Fazenda Pública para que esta informe se há débitos do exequente a serem compensados. Nos termos do art. 31 da Lei nº 12.431/2011, recebida a

79. A propósito, conferir mais detalhes em CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

informação da Fazenda Pública, o juiz intimará o beneficiário do precatório para manifestar-se em quinze dias. Sua impugnação somente pode tratar das matérias relacionadas no § 1º do referido art. 31, devendo suas alegações ser comprovadas documentalmente. Apresentada a impugnação, a Fazenda Pública será intimada para sobre ela manifestar-se em trinta dias. Em seguida, o juiz proferirá decisão em dez dias com limitação cognitiva, restringindo-se a identificar eventuais débitos que não possam ser compensados, o montante que deve ser submetido a abatimento e o valor líquido do precatório, devendo considerar as deduções tributárias exigíveis no caso.

De tal decisão caberá, na dicção do art. 34 da Lei nº 12.431/2011, agravo de instrumento, que terá efeito suspensivo e impedirá a requisição do precatório ao tribunal até o seu trânsito em julgado. Aí está, pois, um caso em que o agravo de instrumento tem efeito suspensivo *ope legis*, sendo automático; não depende de decisão do relator. A decisão, uma vez prolatada, já estará suspensa, vindo a suspensão a ser estendida pela interposição do agravo de instrumento até seu julgamento final.

A novidade não é só essa.

Interposto o mencionado agravo de instrumento, cabe ao agravante, nos termos do § 2º do art. 34 da Lei nº 12.431/2011, requerer, no prazo de três dias, a juntada do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que o instruíram. Ajuizada a petição, o agravante terá mais três dias para informar ao tribunal que cumpriu a exigência, ou seja, que apresentou ao juízo de primeira instância a aludida petição. Se o tribunal não for informado em tal prazo, deverá inadmitir o agravo de instrumento.

Quer isso dizer que o art. 526 do CPC aplica-se a esse agravo de instrumento, não se aplicando, entretanto, seu parágrafo único. Em outras palavras, o parágrafo único do art. 526 do CPC foi derogado, sofrendo limitação em sua incidência, de sorte que não se aplica ao agravo de instrumento contra a decisão que acolhe ou rejeita a impugnação do exequente quanto à compensação de débitos em relação ao precatório a ser expedido numa execução contra a Fazenda Pública. Nesse caso, cabe ao agravante comunicar ao juiz que interpôs o agravo e, depois, informar ao tribunal que fez o devido comunicado ao juiz, sob pena de seu agravo de instrumento não ser conhecido. Há aí um requisito de admissibilidade que deve ser comprovado pelo próprio agravante, acarretando inadmissibilidade a ser reconhecida de ofício pelo tribunal. Afasta-se, enfim, o parágrafo único do art. 526 do CPC nessa hipótese.

CAPÍTULO IV

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Sumário • 1. Os embargos de declaração como recurso e suas hipóteses de cabimento – 2. Efeitos dos embargos de declaração: 2.1. Efeito devolutivo; 2.2. Efeito suspensivo; 2.3. O denominado efeito modificativo dos embargos de declaração (“embargos de declaração com efeito infringente”); 2.4. Interromper o prazo de interposição de outro recurso – 3. Decisão omissa e Dispensabilidade da oposição dos embargos de declaração – 4. Natureza da decisão que julga os embargos de declaração – 5. Competência para o julgamento dos embargos de declaração – 6. Prazo – 7. Regularidade formal dos embargos de declaração – 8. Dispensa de preparo – 9. Contraditório e embargos de declaração – 10. Multa pelo caráter protelatório – 11. Embargos de declaração e prequestionamento – 12. Embargos de declaração e o direito ao aditamento do recurso já interposto (“princípio” da complementaridade) – 13. Ralificação do recurso após julgamento dos embargos de Declaração. Enunciado 418 da Súmula do STJ – 14. Uniformização de jurisprudência nos embargos de declaração – 15. Controle de constitucionalidade e o julgamento dos embargos de declaração.

1. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO RECURSO E SUAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Os embargos de declaração constituem um recurso, por estarem capitulados no rol do art. 496 do CPC, atendendo, com isso, à regra da taxatividade; são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, sendo igualmente cabíveis quando houver omissão, ou seja, quando juiz ou tribunal tiver deixado de apreciar ponto sobre o qual deveria pronunciar-se.

Com efeito, os casos previstos para manifestação dos embargos declaratórios são *específicos*, de modo que somente são admissíveis quando houver obscuridade, contradição ou omissão em questão (ponto controvertido) sobre a qual deveria o juiz ou o tribunal pronunciar-se necessariamente. Os embargos de declaração são espécie de recurso de *fundamentação vinculada*.

Cabe ao embargante, em suas razões, *alegar* a existência de omissão, obscuridade ou contradição. A simples *alegação* já é suficiente para que os embargos sejam conhecidos. Se efetivamente houve ou não a omissão, a obscuridade ou a contradição, aí a questão passa a ser de mérito recursal, sendo hipótese de acolhimento ou de rejeição. Se, entretanto, a parte não alega sequer uma omissão, uma obscuridade, nem uma contradição, o caso é de não conhecimento dos embargos. Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça que não cabem embargos de declaração quando a parte cinge-se a postular a reconsideração da decisão, ajuizando, na verdade, um pedido de reconsideração, sob o rótulo ou com o nome de embargos de declaração¹.

1. Acórdão da 1ª Turma do STJ, AgRg no AREsp 187.507/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13/11/2012, DJe 23/11/2012. No mesmo sentido: acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp 1.214.060/PR, rel. Min. Herman

Considera-se *omissa* a decisão que não se manifestar: a) sobre um pedido; b) sobre argumentos relevantes lançados pelas partes (*para o acolhimento do pedido, não é necessário o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pela parte, mas para o não-acolhimento, sim, sob pena de ofensa à garantia do contraditório*); c) sobre questões de ordem pública, que são apreciáveis de ofício pelo magistrado, tenham ou não tenham sido suscitadas pela parte.

A decisão é *obscura* quando for ininteligível, quer porque mal-redigida, quer porque escrita à mão com letra ilegível. Um dos requisitos da decisão judicial é a clareza; quando esse requisito não é atendido, cabem embargos de declaração para buscar esse esclarecimento.

A decisão é *contraditória* quando traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão.

Antes da reforma da legislação processual de 1994 (Lei n. 8.950/94), também previa o CPC o cabimento dos embargos de declaração quando houvesse “dúvida” na decisão. Decisão não *tem* dúvida; decisão *gera* dúvida. A atecnia foi corrigida, embora, no âmbito dos Juizados Especiais, permaneça a referência ao cabimento de embargos de declaração na hipótese de dúvida (art. 48 da Lei n. 9.099/95).²⁻³

Além da omissão, obscuridade e contradição, os embargos de declaração, como bem demonstra Luís Eduardo Simardi Fernandes,⁴ vêm sendo admitidos para a correção de erros materiais, pois ao juiz se permite, de ofício ou a requerimento, corrigir erros ou inexatidões materiais (CPC, art. 463), não havendo, em princípio, óbice em aceitar que tais erros sejam demonstrados em embargos declaratórios. Segundo o art. 463, I, CPC, somente se permite a atuação oficiosa do magistrado, após a prolação de sentença, que encerra a sua atividade, para corrigir-lhe inexatidões materiais ou lhe retificar cálculos. Cabem, pois, embargos de declaração por erro material, podendo ser justificados pela omissão⁵.

Benjamin, j. 23/11/2010, *DJe* 4/2/2011.

2. Essa desarmonia legislativa deve-se ao fato (que não justifica, mas explica) de que o projeto, que se tornaria a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), tramitava no Congresso Nacional desde antes da mudança do CPC em dezembro de 1994 – e repete o texto da Lei n. 7.244/84, que cuidava dos antigos Juizados de Pequenas Causas. Assim, tomava-se em consideração o CPC pré-reforma, que admitia o cabimento dos embargos de declaração quando houvesse dúvida.
3. Também há uma referência à “dúvida” na Lei de Arbitragem (Lei Federal n. 9.307/96, art. 30, II).
4. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, questionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais RT, 2003, p. 88-94.
5. “São cabíveis, portanto, os declaratórios para sanar erro material, constante em dicção judicial, o que amplia o rol do art. 535, CPC, admitida que é a hipótese do art. 463, I, do CPC, diante da possibilidade de o julgador agir até mesmo de ofício. O raciocínio é bem relevante, pois poderá ser absorvido nas hipóteses de erro manifesto no exame de requisitos formais para a admissão de procedimentos processuais, assim como alegação de fato superveniente, via declaratórios...” (MAZZEI, Rodrigo. “Embargos de declaração”. *Dos*

Há uma tendência jurisprudencial de ampliação do cabimento dos embargos de declaração, admitindo-os para dar ensejo à correção de “equivocos manifestos”, além do erro material, tais como o erro de fato⁶ e até decisão *ultra petita*⁷. Uma demonstração disso é a hipótese de cabimento dos embargos de declaração prevista no art. 897-AdA CLT, que admite a oposição dos embargos de declaração havendo manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

Os embargos de declaração sempre foram tratados, legalmente, como um recurso a ser intentado apenas contra *sentença* ou *acórdão*, não sendo apto a tentar esclarecer ou complementar uma decisão interlocutória. Atualmente, contudo, vem sendo aceita a oposição de embargos declaratórios contra *decisão interlocutória*, não somente nos casos de omissão, mas igualmente nos de contradição e obscuridade.

Não restam dúvidas de que os embargos declaratórios são cabíveis contra decisão interlocutória, quando objetivam a supressão de *omissão*.

Realmente, o art. 535 do CPC, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos embargos, refere-se a sentença e a acórdão *apenas* quando menciona os casos de *contradição* e *obscuridade*. No caso de omissão, não há alusão a sentença nem a acórdão, estabelecendo-se serem cabíveis os embargos declaratórios quando “*for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal*”.

Significa que, havendo omissão do juiz ou do tribunal, *independentemente do tipo de ato judicial proferido*, cabem os embargos de declaração. Logo, em se tratando de omissão, não se discute quanto ao cabimento dos aclaratórios contra decisão interlocutória. Nesse caso, já se viu que o art. 535 do CPC não faz qualquer tipo de restrição, deixando de mencionar qual o ato judicial que seria objeto dos embargos declaratórios.

recursos. Vitória: ICE, 2002, v.2, p. 321). Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes acórdãos: a) EDEResp n. 2.874-SP; b) EDEResp n. 143.512-SP; c) EDEResp n. 133.127, selecionados pelo autor retromencionado.

6. “Admitem-se embargos de declaração para corrigir flagrante e visível erro de fato em que incidia a decisão, evitando-se os percalços com a eventual interposição de RE, Reso Resp ou o ajuizamento de ação rescisória. Neste sentido: JTACivSP 110/256. 108/287, 100/178, 93/385, 86/318, 53/168; RT 562/146; RTJ 57/145; Lex-JTA 105/352; RJTJRS 69/136” (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 6 ed. cit., p. 905).
7. Embargos declaratórios e julgamento “ultra petita”: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO DISPOSITIVO. CABIMENTO. 1. Verificada que a decisão se fez ‘ultra petita’, servem os Embargos de Declaração para adequar o provimento judicial aos termos do pedido. 2. Embargos acolhidos para adequar o dispositivo do acórdão, mantendo-se sua fundamentação”. (STJ, 5ª T., EDEResp n. 110901/SP, rel. Min. Edson Vidigal, publicado no DJ de 03.05.1999). “Recebem-se embargos de declaração quando constatado julgamento ‘ultra petita’, eis que o acórdão tratou de matéria que não foi objeto da impetração”. (STJ, 5ª T., EDHC n. 5414/SP, rel. Min. Cid Flaquar Scartezini, publicado no DJ de 16.08.1998).

No tocante aos casos de obscuridade e contradição, o art. 535 do CPC, como se anotou, restringe o cabimento dos embargos de declaração para as sentenças e acórdãos, não fazendo qualquer referência a decisão interlocutória, nem pondo a situação de forma genérica, como o faz o próprio dispositivo ao tratar da omissão.

Diante disso, poder-se-ia concluir não serem cabíveis os embargos declaratórios de decisão interlocutória, quando se alegasse a existência de contradição ou obscuridade, exatamente porque o inciso I do art. 535 do CPC alude, expressamente, a sentença e acórdão, não contemplando outro tipo de ato judicial.

Acontece, porém, que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que *toda* pronúncia judicial seja *devidamente* fundamentado, sob pena de nulidade. Ora, não somente as sentenças e os acórdãos, mas também as decisões interlocutórias devem ser *devidamente fundamentadas*, sob pena de, não se atendendo ao comando constitucional, haver manifesta nulidade. E, para que a decisão seja *devidamente* fundamentada, deve estar livre de qualquer vício, não sendo omissa, nem contraditória, nem obscura.

Com efeito, a omissão, a contradição e a obscuridade são vícios que subtraem da decisão a *devida* fundamentação. Em outras palavras, para que a decisão esteja *devidamente* fundamentada, é preciso que não incorra em omissão, em contradição ou em obscuridade. E, no particular, o instrumento processual destinado a suprir a omissão, eliminar a contradição e esclarecer a obscuridade consiste, exatamente, nos embargos de declaração.

Assim, e com vistas ao atendimento da exigência constitucional de que *todos* os pronunciamentos judiciais devem ser *devidamente* fundamentados, é dizer, devem estar livres de qualquer omissão, obscuridade ou contradição, resta forçoso concluir serem cabíveis embargos declaratórios para suprir omissão, eliminar contradição e esclarecer obscuridade constantes de decisão interlocutória.

Não bastasse isso, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, reforça o cabimento dos embargos de declaração contra decisão interlocutória, na medida em que não teria sentido garantir o direito de acesso à justiça sem que se garanta a prestação de uma tutela jurisdicional clara, explícita, sem jaça, límpida e completa⁸.

Os embargos de declaração, não há dúvida, cabem contra *acórdão*, que é a decisão proferida pelos tribunais (CPC, art. 163). Tal ato judicial, como se percebe,

8. FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: RT, 2003, p. 47-48. *Nesse mesmo sentido*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, n. 11.4, p. 466.

tem no julgamento colegiado sua definição, independentemente do conteúdo que encerre. Ora, não se discute que, mesmo que o acórdão tenha conteúdo de decisão interlocutória, cabíveis serão os embargos de declaração. Se, neste caso, cabem os embargos, não há razão para não aceitar sua oposição contra decisão interlocutória proferida por juiz de primeira instância⁹.

Além da sentença e da decisão interlocutória, o juiz profere despachos, que se destinam a impulsionar o andamento do feito. Os despachos são irrecoríveis (CPC, art. 504). Como irrecorrível despontam respeitáveis opiniões no sentido de não ser possível opor embargos declaratórios contra tal tipo de ato judicial¹⁰. Não obstante a autoridade de quem defende essa opinião, parece mais adequado admitir o cabimento dos embargos de declaração contra despacho. É que a nota de irrecorribilidade de um ato judicial não afasta o cabimento dos embargos de declaração. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: “Os declaratórios visam à integração do pronunciamento judicial embargado. São cabíveis em qualquer processo, em qualquer procedimento, contra decisão monocrática ou de colegiado, e resistem, mesmo, à cláusula da irrecorribilidade”.¹¹ De todo modo, mesmo que não se admitam os embargos, nada impedirá à parte de ajuizar uma petição simples pedindo o esclarecimento ou a integração do pronunciamento judicial.

Na verdade, os embargos de declaração cabem de *qualquer* ato judicial, mesmo quando a lei o qualifique como *irrecorrível*. No particular, cumpre ceder a palavra a José Carlos Barbosa Moreira, segundo quem: “Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.¹²

Como se observa, são cabíveis os embargos declaratórios contra despacho.

Tudo está a demonstrar, portanto, que cabem embargos de declaração não somente contra sentença e acórdão, mas também contra decisão interlocutória e, até mesmo, contra despacho, sendo igualmente cabíveis os embargos contra decisão isolada de relator, quando houver omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

9. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, n. 11.4, p. 466.

10. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, nota de rodapé nº 121, p. 117; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001, n. 13.6.2., p. 304.

11. Trecho de despacho do Ministro Marco Aurélio, do STF, nos Embargos no Agravo de Instrumento n. 260.674/ES, publicado no *DJ* de 26.06.2001, p. 84.

12. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 5, n. 303, p. 498.

O STF, entretanto, possui reiteradas decisões no sentido de não admitir embargos de declaração contra decisões do relator, ao fundamento de que o recurso cabível seria o agravo regimental (agravo interno). O Min. Marco Aurélio se tem posicionado no sentido do cabimento dos embargos de declaração.¹³

2. EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1. Efeito devolutivo

Já se viu que os embargos de declaração ostentam a natureza recursal. Sendo um recurso, os embargos declaratórios contêm o efeito devolutivo, impedindo que se opere a preclusão quanto à decisão embargada.

Há, contudo, quem defenda não haver *efeito devolutivo* nos embargos de declaração¹⁴, porquanto sejam dirigidos ao mesmo juízo que proferiu a decisão recorrida. Conforme já visto no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, não é esse o posicionamento defendido neste livro. Deve-se considerar, então, que o efeito devolutivo decorre da interposição de *qualquer* recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para *outro* ou para o *mesmo* órgão julgador.

Significa que os embargos de declaração, como já se acentuou, contêm efeito devolutivo. Caso não houvesse efeito devolutivo nos embargos declaratórios, a sua interposição não obstaría a preclusão da decisão embargada. De fato, “também como decorrência do efeito devolutivo, a interposição dos embargos de declaração obsta à formação da coisa julgada ou à preclusão da decisão recorrida”¹⁵.

Exatamente por decorrer do princípio dispositivo, o recurso não deve gerar decisão fora do requerimento recursal, que acarrete, na prática, gravame ao inconformado¹⁶. Enfim, o tribunal não poderá proferir decisão mais desvantajosa ao recorrente do que aquela contra a qual interpôs o recurso, sob pena de se caracterizar a chamada *reformatio in pejus*¹⁷.

13. “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que incabíveis embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática. Recebimento como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade. (STF, 1ª T., ARE n. 640.153 ED, rel. Min. Rosa Weber, j. em 12.06.2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO publicado no DJe-125, divulgado em 26.06.2012, publicado em 27.06.2012).

14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 5, n. 143, p. 230-231; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos Recursos”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 31.

15. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 163.

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte, Mazza, 2001, p. 146.

17. CRETELLANETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 290.

Na verdade, a proibição da *reformatio in pejus* decorre da conjugação do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade do recurso (CPC, art. 499) e, ainda, do efeito devolutivo¹⁸. A proibição da *reformatio in pejus* é princípio aplicável a todos os recursos. Há, contudo, a possibilidade de haver *reformatio in pejus* no julgamento dos embargos declaratórios, quando, por exemplo, se elimina uma contradição¹⁹.

Consoante restou acentuado no item precedente, cabem embargos de declaração, na dicção do art. 535 do CPC, quando, na decisão embargada, houver omissão, obscuridade ou contradição. Daí se afirmar que os embargos contêm *efeito devolutivo de argumentação vinculada*, somente podendo o embargante alegar omissão, obscuridade e/ou contradição, não se lhe permitindo valer-se de outros argumentos tendentes a obter a alteração do julgado.

Se o embargante somente pode alegar omissão, obscuridade e contradição, o juízo que apreciar os embargos não deve desbordar de tais limites, restringindo-se a suprir uma omissão, eliminar uma contradição ou esclarecer uma obscuridade. Ultrapassados tais limites, haverá ofensa ao disposto no art. 535 do CPC, a caracterizar um *error in procedendo* que deve provocar a anulação da decisão, mediante interposição de apelação ou, se se tratar de acórdão, de recurso especial.

No julgamento do REsp 970.190/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, o STJ, invocando o quanto decidido no REsp 802.497/MG, enfrentou um caso digno de registro: o tribunal local, ao julgar embargos de declaração, alterou o acórdão embargado para ajustá-lo ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Daí se interpôs recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC, justamente porque não há previsão de embargos de declaração para modificar decisão que não esteja de conformidade com o entendimento de tribunal superior. Ao apreciar tal recurso, o STJ entendeu que, rigorosamente, o art. 535 do CPC teria sido violado, mas seria um exercício de inutilidade anular o julgamento, pois, restaurado o acórdão anterior do tribunal de justiça, a questão seria, inevitavelmente, erigida, uma vez mais, ao seu crivo, resultando, certamente, no provimento de novo recurso especial para ajustar o entendimento da Corte de origem à jurisprudência da Corte Superior. Assim, faltaria finalidade prática a um resultado como esse, conspirando contra a economia processual, contra o princípio da efetividade, contra o princípio da duração razoável do processo e, até mesmo, contra a dignidade da pessoa humana, fazendo prevalecer o rigor processual para submeter a parte a um longo caminho que desaguardaria na mesma conclusão já obtida.

18. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 152.

19. A propósito, vale a pena consultar BARIONI, Rodrigo Otávio. “Efeito infringente dos embargos de declaração”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 105, p. 322-335.

Tal decisão é um alento e deve ser posta em destaque, por fazer prevalecer a finalidade sobre o rigor formal, garantindo a aplicação do princípio da efetividade e deixando de anular quando da invalidade não se extrai qualquer utilidade. Reconheceu-se a existência do vício, mas se deixou de anular o acórdão recorrido, mercê da evidente inutilidade da anulação. Não custa lembrar que a invalidade é uma sanção. Constatada a existência de vício, pode ser aplicada a sanção de invalidade, desconstituindo-se o ato viciado. Tal sanção pode, contudo, deixar de ser aplicada em prol de valores, princípios ou regras que mereçam prevalecer, tal como o STJ fez no citado caso.

2.2. Efeito suspensivo

A doutrina é uniforme em assinalar que os embargos de declaração contêm efeito suspensivo. A interpretação do art. 497 do CPC leva à conclusão de que os embargos de declaração têm efeito suspensivo da eficácia da decisão embargada. José Carlos Barbosa Moreira manifesta-se neste sentido²⁰. Vicente Greco Filho²¹, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²² também pensam assim.

O problema, no entanto, adquire grande relevância prática quando se está diante de uma decisão liminar – notadamente porque o agravo não é recurso dotado, *ex vi legis*, do efeito suspensivo. De fato, embargada decisão interlocutória, eventual multa nela fixada já começa a incidir? Parece que não, até mesmo porque o próprio cumprimento da decisão pode restar comprometido pela existência dos vícios de inteligência. Se os embargos não forem acolhidos, nem por isso se pode defender a retroação da eficácia da decisão, cujos efeitos somente começar a correr após a análise dos embargos declaratórios.

Mas o tema não é tão simples.

Na verdade, a regra do direito brasileiro é a de que os recursos são dotados de efeito suspensivo, salvo quando a lei disponha em sentido contrário, como é o caso dos recursos especial e extraordinário. Não havendo nenhum dispositivo que estabeleça a ausência de efeito suspensivo nos embargos declaratórios, conclui-se que eles contêm tal efeito.

Acontece, porém, que os embargos de declaração são cabíveis contra *todo e qualquer* ato judicial, podendo ser opostos contra sentença, decisão interlocutória, acórdão e até despacho.

Ora, já se viu que o efeito suspensivo resulta da mera recorribilidade do ato, não decorrendo da interposição do recurso nem de sua aceitação ou de seu

20. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 283 e p. 557.

21. *Direito processual civil brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281.

22. *Manual do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 574.

recebimento pelo juiz ou tribunal. Sendo assim, considerando que os embargos de declaração teriam efeito suspensivo, e levando em conta serem cabíveis contra todo e qualquer ato judicial, seria curial concluir que *toda* decisão, uma vez proferida, estaria com sua executóriedade suspensa, até que se escoasse o prazo para a oposição de embargos declaratórios. Há quem defenda não haver efeito suspensivo nos embargos de declaração interpostos contra decisão que antecipa os efeitos da tutela²³, sob pena de se lhe subtrair a efetividade e a utilidade.

Parece mais correto, contudo, perfilar o entendimento de Flávio Cheim Jorge, para quem os embargos de declaração devem seguir a regra do recurso que seria cabível da decisão embargada ou que seja interposto após seu julgamento. É que, pela sistemática do CPC/73, os atos judiciais são classificados para definir os recursos que poderão ser interpostos. Da sentença cabe apelação, devendo ser interposto agravo contra decisão interlocutória, ao passo que o despacho é irrecurável. Do acórdão cabem embargos infringentes, recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso especial ou embargos de divergência. Para cada um desses recursos, há disciplina própria, a estabelecer quais os efeitos que eles têm: há, dentre eles, os que têm efeito suspensivo e os que não têm. Quanto aos embargos de declaração, são cabíveis contra *toda* e *qualquer* ato judicial, devendo, então, seguir a regra do recurso cabível na espécie. Assim, se opostos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, como o agravo não tem efeito suspensivo, os embargos também não deveriam ter²⁴. Proferida a sentença, se a apelação estiver em uma das hipóteses descritas no art. 520 do CPC, os embargos não teriam efeito suspensivo. Do contrário, ou seja, enquadrando-se a hipótese na regra geral e tendo a apelação efeito suspensivo, então os aclaratórios, no caso, teriam também efeito suspensivo²⁵.

2.3. O denominado efeito modificativo dos embargos de declaração (“embargos de declaração com efeito infringente”)

Costuma-se dizer que os embargos de declaração não podem ter como consequência a alteração da decisão. Seus objetivos seriam: a) aclarar a decisão obscura; b) eliminar a contradição; c) suprir a omissão.

A doutrina e a jurisprudência, entretanto, se aperceberam que tal conclusão não é de todo correta. José Carlos Barbosa Moreira sintetizou a questão: “Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação autêntica. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte

23. BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45.

24. MAZZEI, Rodrigo Reis. “Embargos de declaração”. *Dos recursos*. Vitória: ICE, 2002, p. 379-381.

25. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 11.6.2.4., p. 295-297.

decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir a omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra. (...) Esse último caso é de particular delicadeza, pois às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado. Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre alguma preliminar – já relativa à admissibilidade de recurso, já concernente a qualquer circunstância que impedira o ingresso no *meritum causae*, ou mesmo a aspecto deste (prescrição ou decadência) – e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame obstaría o acolhimento da preliminar”.²⁶

Recentemente, introduziu-se na CLT o art. 897-A,²⁷ que acolhe esse ensinamento: “Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de 5 (cinco) dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso”.

A doutrina costuma citar como outro exemplo de texto legislativo, o art. 1.341 do Código de Processo Civil do Estado da Bahia²⁸.

A jurisprudência acolheu a tese ora defendida; trata-se, atualmente, de posição bastante arraigada no Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 278: “A natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no julgado”. O importante é frisar que a eventual modificação do julgado não pode ser o objeto do recurso; será mera consequência do provimento do recurso²⁹.

2.4. Interromper o prazo de interposição de outro recurso

A interposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão (art. 538, CPC).

26. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 308, p. 553.

27. Acrescentado pela Lei 9.957, de 12 de janeiro de 2000.

28. “Quando no aresto houver obscuridade, ambiguidade, antinomia ou falta em um ponto sobre o qual devia haver condenação, a parte, por simples petição, requererá que se declare o aresto ou se expresse o ponto omitido; o que se fará sem outra mudança no julgado, apresentando o relator os autos para julgamento na primeira reunião do Tribunal na forma do seu regimento”.

29. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 903.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, os embargos de declaração interpostos contra sentença suspendem o prazo para a interposição do outro recurso (recurso inominado), conforme o art. 50 da Lei Federal n. 9.099/95. Se interpostos contra acórdão da turma recursal, os embargos de declaração terão o mesmo efeito interruptivo previsto no CPC³⁰.

Com a interposição dos embargos de declaração, o prazo se interrompe para ambas as partes. O texto legislativo é claro. O *caput* do art. 538 do CPC diz expressamente que a interposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes, Ministério Público e terceiros (embora o texto somente se refira às partes)³¹.

Os embargos de declaração interrompem o prazo para outros recursos, salvo quando forem intempestivos ou quando manifestamente incabíveis, de acordo com o entendimento majoritário formado a partir da discussão sobre a natureza jurídica do juízo de inadmissibilidade de um recurso. Um exemplo de embargos de declaração manifestamente incabíveis merece destaque. Os embargos de declaração, para serem admitidos, devem conter alegação de omissão, obscuridade ou contradição. Se a parte, a pretexto de opor embargos de declaração, restringe-se a pedir a reconsideração do julgado, sem demonstrar qualquer omissão, obscuridade ou contradição, os embargos não devem ser admitidos, não interrompendo o prazo para outros recursos³².

Cabe lembrar a discussão sobre a eficácia de recurso inadmissível. Conforme visto no capítulo da teoria geral dos recursos, há forte corrente doutrinária que entende que recurso intempestivo não produz efeitos – as críticas a esse posicionamento foram expostas oportunamente. Assim, se os embargos de declaração forem intempestivos, não será considerado interrompido o prazo para a interposição do outro recurso.

-
30. “Embargos de Declaração: Interrupção do Prazo e RE contra Decisão de Turma Recursal. A oposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão de turma recursal dos juizados especiais. Com base nesse entendimento, a Turma, afastada a prematura declaração e intempestividade pelo juízo *a quo*, reconsiderou decisão que negara seguimento a agravo de instrumento por inobservância do disposto o art. 544, §1º, do CPC, qual seja, deficiência no traslado de cópias. Entendeu-se que deve ser adotada a regra comum da interrupção dos prazos pela oposição dos embargos de declaração, prevista no Código de Processo Civil e não a norma restritiva prevista no art. 50 da Lei 9.099/95 (“quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso.”). Assim, o princípio da celeridade que predomina nos juizados especiais não pode implicar redução do prazo recursal. Agravo provido para determinar a subida do recurso extraordinário, observando-se a concessão de prazo ao recorrido para apresentar suas contrarrazões”. (STF, AI n. 451.078, rel. Min. Eros Grau, j. 31.8.2004.).
31. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 318.
32. Acórdão da 1ª Turma do STJ, AgRgno AREsp 187.507/MG, rel. Min. Amaldo Esteves Lima, j. 13/11/2012, DJe 23/11/2012. No mesmo sentido: acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp 1.214.060/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/11/2010, DJe 4/2/2011.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp n. 444.162-GO, entendeu que os embargos de declaração, nos termos do art. 538 do CPC, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes, inclusive para a oposição de embargos de declaração contra a decisão originariamente embargada.

Para que se entenda melhor a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça, tome-se como exemplo a seguinte hipótese: imagine-se que, numa demanda proposta por João em face de José, o juízo proferiu sentença favorável àquele, tendo este restado sucumbente. José opôs contra a sentença embargos de declaração. Julgados os embargos declaratórios, poderia, a essa altura, João opor embargos de declaração, não contra a decisão que julgou os embargos, mas contra a sentença originária?

O Superior Tribunal de Justiça, no referido precedente, entendeu que sim. É que, segundo a orientação ministrada naquele julgado, a expressão “outros recursos” é bastante abrangente, devendo alcançar também os embargos de declaração, que constituem um recurso, não havendo de ser excluído da previsão, por não ter o legislador restringido qualquer recurso da regra de interrupção contida no referido art. 538 do CPC. Desse modo, e considerando o exemplo aventado, se João não tivera oposto, desde logo, embargos de declaração, aqueles que foram intentados por José iriam interromper o prazo para que João, após o julgamento, pudesse apresentar os seus embargos contra aquela sentença originária.

Não parece adequada tal conclusão a que chegou o aludido precedente do Superior Tribunal de Justiça³³.

Já se viu que, mercê do art. 538 do CPC, a oposição de embargos declaratórios interrompem o prazo para “outros recursos”, por qualquer das partes. Existem, no tocante a essa matéria, quatro sistemas legislativos diferentes³⁴: a) atribuição aos embargos de efeito interruptivo; b) atribuição de efeito somente suspensivo; c) permitir o exercício da pretensão à “declaração” e o de outro recurso dentro do mesmo prazo; d) admitir no pedido de declaração a ressalva do recurso interponível ou oponível no caso de provimento dos embargos.

A legislação brasileira adota o sistema da letra *a*, se bem que, no que concerne à sentença proferida em Juizado Especial Cível³⁵, encampe o sistema da letra *b*.

33. Sobre o assunto, conferir: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Efeito interruptivo dos embargos de declaração: alcance da expressão *outros recursos* contida no art. 538 do CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 118, p. 214-230. Alguns dos argumentos contidos em tal artigo doutrinário são ora reproduzidos, nos próximos parágrafos.

34. MIRANDA, Vicente. *Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 71.

35. Lei nº 9.099/1995, art. 50: “Quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso.”

Nem sempre foi assim, contudo.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 862, § 5º, estabelecia que os embargos de declaração, quando desprovidos, não interrompiam o prazo para outros recursos. Com o advento do Decreto-lei nº 8.570/1946, o referido dispositivo sofreu alteração, passando a prever que os embargos de declaração suspendiam o prazo para outros recursos, desde que não fossem tidos como protelatórios.

Atualmente, já se viu que os embargos de declaração interrompem o prazo para outros recursos, por qualquer das partes, mesmo que sejam tidos como protelatórios.

De fato, o art. 538 do CPC põe em evidência que os embargos interrompem o prazo para outros recursos. A razão dessa opção pelo legislador é explicada por Luís Eduardo Simardi Fernandes, para quem a interrupção desponta como “nada mais lógico e natural, uma vez que, se assim não fosse, o embargado, se quisesse recorrer, teria de fazê-lo antes de poder ter conhecimento do teor final da decisão, pois esta ainda poderia sofrer alterações em decorrência do julgamento dos embargos”³⁶.

Dos termos do acórdão proferido no mencionado Recurso Especial nº 444.162-GO consta a afirmação de que a regra da interrupção do prazo é válida para *ambas* as partes, *sendo, portanto, extensiva à parte que inicialmente não havia embargado*. Tal afirmação está correta, mas dela *não* se pode extrair a conclusão de que a interrupção do prazo permite à parte que não embargou opor embargos de declaração contra a decisão originária.

Ora, cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais (CPC, art. 500). Significa que, proferida a decisão, cabe a cada uma das partes opor seus respectivos embargos de declaração. Se apenas uma delas embargar, da decisão de embargos podem caber novos embargos ou outro recurso que seja admissível na espécie, por qualquer uma delas.

É evidente, como já se viu, que a parte que opôs embargos de declaração não poderá mais intentar novos embargos contra a decisão originariamente embargada. Poderia, isto sim, opor novos embargos contra a decisão que julgou os primeiros aclaratórios, se desta advierem vícios que ensejem o manejo de novos embargos. Da decisão originariamente embargada, contudo, não poderá mais opor embargos, em razão da *preclusão*³⁷.

36. FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

37. A propósito, assim leciona Bernardo Pimentel Souza: “Se é certo o cabimento de embargos contra decisão prolatada em embargos, também é correto afirmar que os segundos declaratários devem ter como alvo o julgado

Se é certo que o embargante não poderá aditar, complementar ou renovar seus embargos já julgados, não é menos evidente que a parte contrária – que não opôs embargos no prazo legal – *também não* poderá, somente depois do julgamento daqueles embargos, pretender corrigir vícios da decisão já embargada. Além da *preclusão temporal*, o princípio da isonomia impede que se interrompa o prazo para embargos de declaração para a parte que se quedou inerte, não opondo, no tempo devido, seus aclaratórios.

No processo civil, o *princípio da igualdade* contém previsão no art. 125, I, do CPC, que o erige a norma cogente, na medida em que atribui ao juiz o *dever* de assegurar às partes um tratamento isonômico³⁸. Em verdade, o que se exige do juiz é que confira às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa.

Considerando, porém, que se deve, na aplicação do princípio da isonomia, levar na devida conta a ideia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, há regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais³⁹.

No caso a que se refere o acórdão proferido no Recurso Especial nº 444.162-GO, *não* há qualquer razão *nem* regra específica que justifique o tratamento diferenciado para aquele que não embargou originariamente. A prevalecer a conclusão a que chegou o STJ, não seria possível ao embargante aditar, complementar ou renovar seus embargos, mas à parte contrária se conferiria a possibilidade de embargar da decisão originária, mesmo não o tendo feito no prazo e forma previstos em lei. Em outras palavras, para a parte que apresentou os embargos, haveria preclusão quanto à possibilidade de embargar novamente

proferido no primeiro recurso de declaração. Realmente, os embargos declaratórios não servem para sanar omissão do próprio embargante. Por tal razão, de nada adianta interpor outro recurso de embargos, apontando vício referente à primeira decisão embargada. Com efeito, 'são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão'. É o que estabelece o preciso enunciado n. 317 da Súmula do Supremo Tribunal Federal." (Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2ª edição. Belo Horizonte: Mazza, 2001, n. 13.6.5, p. 307-308).

38. A aplicação, pelo juiz, do princípio da isonomia não decorre apenas do que dispõe o Código de Processo Civil, mas especialmente em razão do comando constitucional (MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. "Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6, p. 76).
39. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, passim.

da decisão originária, que já fora alvo dos primeiros embargos de declaração⁴⁰. A outra parte, diversamente, poderia ofertar embargos contra aquela decisão originária, conquanto não tivesse oposto embargos no primeiro momento.

Ao que parece, tal acórdão não conferiu a melhor interpretação ao art. 538 do CPC⁴¹. A conclusão a que se chegou no julgamento do Recurso Especial nº 444.162-GO foi expressamente modificada pela Corte Especial do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 330.090-RS⁴². Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está repleta de decisões em sentido contrário⁴³.

Não restam dúvidas de que a interrupção do prazo vale para *ambas* as partes. Entretanto, a prevalecer o entendimento de que a interrupção alcançaria também a possibilidade de haver novos embargos contra a decisão originariamente embargada, chegar-se-á à ilação de que ao embargante não se interrompe o prazo para novos embargos contra a decisão originária, dada a preclusão, mas para a parte contrária haveria tal interrupção. Nesse caso, não se estaria aplicando o dispositivo, pois a interrupção *não* se operaria para *ambas* as partes.

É inquestionável que o embargante não pode – mercê da *preclusão consumativa* – renovar seus embargos, após seu julgamento; pode, como se viu, apresentar embargos contra a decisão proferida nos anteriores embargos, mas não pode intentar novos embargos contra a decisão originariamente embargada. Se o prazo

40. “Acrescente-se que tampouco é admissível, em embargos de declaração a acórdão sobre embargos de declaração, arguir pela primeira vez a existência de qualquer dos defeitos típicos *na decisão antes embargada*. Exemplo: os primeiros embargos buscaram fundamento na increpação de obscuridade; desprovidos, volta à carga o embargante, por igual via, acoimando *agora* de omissão ou de contraditório aquele mesmo pronunciamento contra o qual interpusera os primeiros embargos. Não se lhe pode atender à alegação. A decisão supostamente defeituosa tem de ser a que constitui objeto dos embargos *presentes*, jamais a outra, objeto dos embargos *passados*.” (ORJONE NETO, Luiz. “Embargos de Declaração”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 370).

41. Antonio Janyr Dall’Agnol Junior mantém o mesmo entendimento, afirmando que a interrupção do prazo alcança os embargos de declaração interpostos “contra o acórdão nos embargos de declaração antecedentemente opostos, entenda-se, e não contra o que tenha sido atacado, pois, aí, há de prevalecer a regra da independência dos prazos prevista no art. 500 do CPC.” (DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. “Embargos de Declaração”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 102, nota de rodapé nº 34, p. 101).

42. “PROCESSO CIVIL. PRAZO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. O prazo para a oposição dos embargos de declaração é comum a ambas as partes, esgotando-se tão logo decorrido o prazo de cinco dias contado da publicação do julgado; consequentemente, ainda que opostos embargos de declaração por uma das partes, o curso desse prazo não se interrompe, devendo a outra aproveitá-lo se o acórdão se ressentir de um dos defeitos previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. Recurso especial não conhecido.” (STJ, Corte Especial, REsp 330090/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 07/06/2006, DJ30/10/2006, p. 210).

43. Assim, a propósito, STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl no REsp n. 717.621/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. em 12.06.2007, publicado no DJ em 22.06.2007; Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 509.616/SC, rel. Min. Franciulli Netto, j. 02/10/2003, DJ de 29/03/2004, p. 197; Acórdão unânime da 2ª Seção, EDEDEC 36.933/SE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 150.

para novos embargos de declaração não se interrompe para o embargante, por que interromperia para a parte contrária, que, no prazo e forma legais, não opôs seus embargos?

A prevalecer a conclusão de que ora se discorda, haveria, como já se acentuou, ofensa ao princípio da isonomia, privilegiando-se a parte que não havia embargado originariamente em detrimento daquela que embargou; haveria, enfim, preclusão para uma parte, não surgindo qualquer preclusão para a outra.

É por isso que o Supremo Tribunal Federal, na mesma trilha do que ora se defende, assim entende: “EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROLATADO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. PRAZO. LIMITES. Os embargos de declaração não interrompem o prazo para a oposição de embargos declaratórios à decisão já embargada pela parte contrária. Jurisprudência da Corte. É possível opor-se embargos de declaração contra acórdão prolatado em embargos declaratórios, evidentemente limitados à matéria veiculada no próprio acórdão embargado. Se o seu objetivo claro é o de remontar-se ao primitivo acórdão então embargado, trazendo matéria já preclusa, na tentativa de, com isso, suprir omissão de sua parte, que não o impugnar no momento adequado, impõe-se a sua inadmissão. Embargos rejeitados.”⁴⁴

Se, de um lado, o art. 538 do CPC, ao aludir a “outros recursos”, não faz qualquer ressalva ou restrição, de outro lado, cumpre verificar que tal previsão não afasta a ocorrência de preclusão, de maneira que, se a parte não opôs embargos de declaração no prazo legal, não poderá ter esse prazo reaberto ou renovado com o julgamento de aclaratórios opostos pela parte contrária, salvo se, com a oposição dos embargos da parte contrária, os autos ficaram indisponíveis para a oposição dos embargos, a caracterizar um *obstáculo judicial*, rendendo ensejo à suspensão do prazo (CPC, art. 180)⁴⁵. Nesse particular, o prazo que se abre para a parte que não embargou desde logo, não decorre do efeito interruptivo previsto no art. 538 do CPC, mas da regra encartada no art. 180 do CPC, dada a existência de um obstáculo judicial.

Ainda que se aplique, na espécie, o art. 180 do CPC, a regra ali contida determina apenas a *suspensão* do prazo, e não a *interrupção*, de sorte que a parte

44. Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE 209.017 ED-ED/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16/06/1998, DJ de 11/12/1998, p. 8.

45. Esse é o entendimento de Luiz Orione Neto, para quem “... permanece pelo menos uma dúvida séria nesse particular, que não ficou resolvida: opostos embargos declaratórios antes do fim do prazo para opô-los, ficará interrompido o prazo para que a outra parte oponha os seus embargos declaratórios ao mesmo acórdão já embargado pela primeira? A tendência, indicada por Negrão, é pela negativa (a não ser, é claro, que em razão dos primeiros embargos os autos deixem de estar disponíveis ao adversário, caso em que se configura um *obstáculo judicial*: art. 180).” (Embargos de Declaração. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 372-373).

prejudicada com o *obstáculo*, terá apenas o prazo que sobejava para opor os embargos, quando configurado o empecilho ao ajuizamento de seus aclaratórios.

3. DECISÃO OMISSA E DISPENSABILIDADE DA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Há uma questão difícil que merece análise cuidadosa e separada.

Diante de uma decisão omissa, a oposição dos embargos de declaração é indispensável para a correção desse problema, ou poderia tribunal, no julgamento da apelação, por exemplo, proceder à integração da decisão judicial, ele mesmo ou determinando que o juízo *a quo* o faça?

Para responder a essa pergunta, é preciso identificar a natureza jurídica de uma decisão omissa.

O magistrado pode omitir-se no exame de uma questão. Omissão judicial é omissão no exame de uma questão.

Como visto no v. I deste curso, no capítulo sobre a teoria da cognição, há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também *iudicium*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*). As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do juízo. Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.

Há, então, dois tipos de decisão omissa: a) aquela que não examinou um pedido (*questão principal*); b) a que não examinou algum fundamento/argumento/questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (*questão incidente*), que efetivamente ocorreu.

Percebeu o ponto Vallisney de Souza Oliveira, classificando a omissão em *total e parcial*:

“Na omissão total existe clara e verdadeira transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, pelo fato de que nenhum pronunciamento foi exarado, ao passo que na omissão parcial há jurisdição deficiente e negação parcial do poder judicial de decidir, como, v. g., não julgamento das preliminares e de outras questões constantes exclusivamente da relação processual. Em caso de acumulação de demandas, na qual apenas um pedido (correspondente a uma demanda) foi julgado, sem que se tenha examinado o outro, parece existir omissão total, porquanto na verdade eram duas as demandas a serem julgadas por uma única sentença, esta dividida substancialmente em capítulos”.⁴⁶

No primeiro caso, não se pode dizer que a decisão tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito⁴⁷. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício⁴⁸. Do mesmo modo, a solução dos demais pedidos, efetivamente resolvidos, não fica comprometida ou viciada pelo fato de um dos pedidos não ter sido examinado. Nesses casos, a decisão precisa ser *integrada* e não invalidada; *não se pode invalidar o que não existe*⁴⁹. A *integração* da decisão é, como visto, uma das possíveis pretensões que podem ser deduzidas em um recurso. *Integrar* a decisão é torná-la inteira, completa, perfeita; *integrar* a decisão não é invalidá-la.

Tanto a decisão que não examina o pedido é, neste aspecto, uma não-decisão, que é plenamente possível a repropósito de demanda que contenha pedido já formulado, porém não examinado, na medida em que não se pode falar de coisa julgada em relação ao que não foi decidido e, pois, não existe. Não pode ficar imutável e indiscutível aquilo que não se sabe o que é, porque não é (não existe)⁵⁰.

O STJ entende, porém, que “se o órgão julgador se omitir em estabelecer honorários advocatícios e a sentença transitar em julgado (julgamento final), estes não podem

46. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 270.

47. “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*fácio*) e sugere estar mal feito” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 13-14).

48. “Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras palavras: a inexistência da sentença pode ser *total* ou *parcial*, mas em ambos os casos rege-se pelas mesmas normas”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração nouro processo”. *Temas de direito processual* – segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247).

49. Em sentido diverso, considerando que a decisão que não examinou um pedido é nula, por exemplo, OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. cit., p. 269; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 2 ao art. 460, p. 1.399.

50. Sobre o tema, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração nouro processo”, cit., p. 241-252.

ser cobrados em ação própria” (Corte Especial, REsp. n. 886.178/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.12.2009, julgamento pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos; Corte Especial, EREsp n. 462.742/SC, rel. Min. Barros Monteiro, rel. p/ ac. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15.08.2007, publicado no DJe de 24.03.2008; 1ª T., REsp n. 710.789/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.09.2008, publicado no DJe de 08.10.2008). A parte teria de ter oposto embargos de declaração para sanar essa omissão. Os embargos de declaração foram considerados imprescindíveis para evitar a preclusão em torno do assunto. A orientação do STJ não tem qualquer fundamentação. Os argumentos examinados no texto não foram enfrentados. Trata-se de orientação manifestamente equivocada. Reconhece-se a indiscutibilidade de uma não-decisão. Há “coisa julgada” sem que a questão dos honorários advocatícios tenha sido julgada. Aceita-se um julgamento implícito denegatório dos honorários advocatícios, em ofensa clara à garantia da motivação das decisões judiciais e à exigência de certeza das decisões. Afirmou-se, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de futura ação rescisória, sem que se saiba, entretanto, o que será alvo de rescisão.

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

Situação diversa é a da decisão que, examinando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível *ex officio*. Nesse caso, há decisão, com um defeito que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).

Ambas as omissões podem ser sanadas com a oposição dos embargos de declaração. A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do tribunal ao constatar a omissão na decisão judicial?

No primeiro caso, *não* deve o tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado; deve o tribunal determinar que o juízo *a quo* complete o julgamento, decidindo o pedido não examinado. O tribunal pode fazer isso independentemente de pedido na apelação⁵¹, pois, como já foi visto, a decisão recorrida não está sendo reformada ou anulada. Trata-se de um juízo de fato do tribunal,

51. Com a ressalva já feita de que a sentença, nesses casos, não deve ser invalidada, porque decisão não há, ver esse julgado da 6ª T. do STJ no REsp n. 243.988/SC, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 27.10.2004, publicado no DJ de 22.11.2004, p. 393: “1. A eg. Terceira Seção desta Corte, pelas Turmas que a compõem, firmou entendimento no sentido de que a decretação de nulidade da sentença *citra petita* pode ser realizada de ofício pelo Tribunal *ad quem*. Nesse caso, o recurso de apelação não está condicionado à prévia oposição de embargos de declaração”. No mesmo sentido, fazendo-se a mesma ressalva, STJ, 6ª T., REsp n. 500.175/MA, rel. Min. Paulo Medina, j. 06.04.2004, publicado no DJ de 03.05.2004, p. 221.

que constata a ausência de solução de um pedido, determinando que o juízo *a quo* termine o seu ofício. Para que isso não impeça o prosseguimento do processo em relação aos pedidos que já foram examinados, deve o tribunal determinar a extração de cópia dos autos, para que os originais, ou a cópia, desçam ao juízo *a quo*, e o processo prossiga nos autos suplementares, ou nos originais, tanto faz.

É possível defender uma interpretação menos ortodoxa. (a) Diante do § 3º do art. 515 do CPC, que permite que o tribunal decida o mérito pela primeira vez em julgamento de apelação contra sentença terminativa (já examinado no capítulo da apelação), e (b) levando em consideração a existência de decisões que permitem, por exemplo, que a denunciação da lide não examinada em primeira instância possa sê-lo no julgamento da apelação⁵², *poderia o tribunal, se já houvesse condições de imediato julgamento, em vez de devolver os autos, decidir o pedido não examinado pelo juízo a quo*⁵³. Trata-se de uma interpretação extensiva do § 3º do art. 515 do CPC, já que esse dispositivo exige, para a sua aplicação, que o juízo *a quo* tenha proferido um juízo de inadmissibilidade do processo, entendendo não ser o caso de examinar o pedido, situação bem diferente daquela em que o juízo simplesmente não examina o pedido⁵⁴.

Convém assinalar, porém, que essa interpretação não pode lastrear-se nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, que dizem respeito, apenas, às questões que, no procedimento recursal, devem ser examinadas para a solução do recurso; as questões incidentes ao julgamento do recurso. Não cuidam esses parágrafos da solução de pedidos deduzidos e não resolvidos.

-
52. STJ, 4ª T., REsp n. 94.227-RS, rel. Min. Ruy Rosado, j. 20.08.1996, publicado no DJ de 07.10.1996, p. 37.646.
53. Assim, por exemplo, DINAMARCO, Cândido Rangel: "Se o juiz deixou de examinar a demanda em relação a uma das partes instaladas na relação processual, ou se desconsiderou por omissão um dos fundamentos da demanda, ou se não julgou uma das parcelas do pedido, nisso reside uma *desconsideração* ao direito de ação, constitucionalmente assegurado. Mas o § 1º do art. 515 preserva a validade da sentença no caso de *omissão* somente quanto a um ou alguns dos fundamentos, ao estabelecer que, em *apelação*, todas as questões de fato ou de direito suscitadas em primeiro grau reputam-se devolvidas à instância inferior; a consequência prática é que, em vez de anular a sentença, nesses casos o tribunal apreciará a questão não examinada pelo juiz e dará à causa, pelo mérito, a solução que merecer (salvo quando o exame desse fundamento depender de prova não realizada em primeiro grau apesar de regularmente requerida: caso de anulação da sentença)" (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, n. 951, p. 294). Também, BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.399.
54. Fazendo a ressalva de que uma decisão que não examinou o pedido não pode ser considerada *nula*, convém examinar acórdão da 5ª T. do STJ, no REsp n. 756.844/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 15.09.2005, publicado no DJ de 17.10.2005, p. 348: "A sentença proferida *citra petita* padece de *error in procedendo*. Se não suprida a falha mediante embargos de declaração, o caso é de anulação pelo tribunal, com devolução ao órgão *a quo*, para novo pronunciamento. De modo nenhum se pode entender que o art. 515, §3º, autorize o órgão *ad quem*, no julgamento da apelação, a 'completar' a sentença de primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capítulo(s). *In casu*, não há que se falar em interpretação extensiva ao artigo 515, § 3º, do CPC, quando nem sequer houve, na sentença, extinção do processo sem julgamento do mérito, requisito este essencial à aplicação do artigo 515, § 3º, da Lei Processual Civil".

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

O segundo problema é de mais fácil solução. A apelação, e de resto os demais recursos, devolvem ao juízo *ad quem* o exame das questões suscitadas e discutidas no processo, que possam interferir na solução do objeto litigioso recursal (a pretensão do demandante), de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Assim, o tribunal, ao constatar que não houve exame de um dos fundamentos ou de alguma questão relevante que tenha sido suscitada, ou mesmo uma questão cognoscível *ex officio* (que não precisa ter sido suscitada), deve ele próprio examinar essas questões, não sendo o caso de devolução dos autos ao juízo *a quo*.⁵⁵

Percebe-se, então, que a não-oposição dos embargos de declaração contra uma decisão omissa gera preclusão apenas para os próprios embargos, exatamente porque a preclusão, além de endoprocessual, restringe-se ao ato não praticado. Em outras palavras, preclusa a possibilidade de opor embargos de declaração, estes não podem mais ser utilizados. A preclusão quanto aos embargos declaratórios não atinge outros atos processuais, nem repercute na eventual apelação que seja interposta. O que cabe verificar é se a omissão de questões incidentais ou de matérias de ordem pública ainda não apreciadas pode ser suprida na apelação. Já se viu que sim, diante do que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, permitindo a correção da omissão pelo tribunal.

Registre-se, porém, que a solução do problema muda um pouco em relação aos recursos extraordinários, por conta do requisito do prequestionamento. Omitindo-se o tribunal acerca de uma questão, que se pretende ver reexaminada em instância extraordinária, deve o interessado opor embargos de declaração com intuito de prequestionamento. Sobre o tema, ver *item* mais adiante.

55. Teresa Wambier entende que, em relação aos *acórdãos*, essa regra não se aplica. Entende a autora que o tribunal deve examinar todas as questões suscitadas, para que seja possível, futuramente, a interposição do recurso extraordinário/especial contra essa decisão. A autora parte da premissa de que, no recurso excepcional, o tribunal superior somente poderá examinar as questões que houverem sido enfrentadas expressamente no acórdão recorrido, em razão da exigência do *prequestionamento*. Assim para manter a coerência com a sua premissa, entende que é imprescindível a interposição dos embargos de declaração, para *forçar* a manifestação do tribunal sobre a questão suscitada, abrindo caminho à interposição do recurso excepcional. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, *passim*.) Conforme será visto no capítulo sobre os recursos extraordinários, não é essa a premissa adotada neste curso: no julgamento do recurso extraordinário, pode o tribunal superior, uma vez admitindo o recurso, enfrentar questões não examinadas no acórdão recorrido, consoante, aliás, ficou assentado no julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 23.04.2004. Exige-se, apenas, que a questão alegada no recurso extraordinário tenha sido prequestionada, para que o recurso seja admitido; uma vez admitido, o tribunal superior pode examinar as demais questões suscitadas no processo, bem como aquelas que podem ser conhecidas *ex officio*.

Ademais, no primeiro caso, não haveria sequer a possibilidade teórica de alegar qualquer espécie de preclusão ou coisa julgada: se não houve decisão, a coisa julgada recairia sobre o quê? Imaginar-se-ia uma possível solução, tornando-a indiscutível? Qual: procedência, procedência parcial ou improcedência? “É ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: *coisa julgada* não pode deixar de ser a coisa (*res*) que se julgou. Aquilo que não se julgou... não se converte, à evidência, em coisa julgada!”⁵⁶

4. NATUREZA DA DECISÃO QUE JULGA OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração devem ser apreciados e julgados pelo *mesmo* órgão que proferiu a decisão embargada. Ao apreciar os embargos, o órgão julgador deverá julgá-los em decisão que contenha a *mesma* natureza do ato judicial embargado. Assim, se os embargos forem opostos contra sentença, serão julgados por meio de *outra* sentença. Se, por sua vez, forem opostos contra acórdão, haverão de ser julgados por *novo* acórdão.

E nem poderia ser diferente, visto que os embargos contêm o chamado efeito integrativo⁵⁷, objetivando integrar, complementar, aperfeiçoar a decisão embargada, com vistas a exaurir a prestação jurisdicional que se encontra inacabada, imperfeita ou incompleta.

Não fosse assim, ou seja, caso a decisão que julgasse os embargos de declaração não ostentasse a mesma natureza da decisão embargada, não seria possível interpor, por exemplo, apelação depois de o juiz de primeira instância decidir os embargos: estes seriam julgados por decisão interlocutória posterior à sentença, devendo ser esta impugnada por agravo retido (CPC, art. 522, *caput*, na redação dada pela Lei n. 11.187/2005).

Uma situação específica merece ser destacada.

Opuestos embargos de declaração contra sentença, caso o juiz entenda equivocadamente serem eles intempestivos, qual o recursocabível? Agravo de instrumento ou apelação?

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 243. E arremata o mesmo autor: “... caso falte conclusão sobre *algum* item, não haverá sentença *nessa parte*, nem, pois, quanto a ela, *res iudicata*. Se a sentença inexistente não produz coisa julgada – proposição que ninguém questionará –, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capítulo inexistente de uma sentença”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 247.).

57. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001, n. 13.5., p. 298.

A decisão que julga os embargos, como visto, tem a mesma natureza da decisão embargada. Opostos embargos contra sentença, a decisão que os decide também é sentença. Logo, caberia apelação. Na apelação, deve-se demonstrar a tempestividade dos embargos e, conseqüentemente, a da própria apelação. E aí faltaria interesse nos embargos, devendo o tribunal “complementar” a decisão na própria apelação, julgando tudo. Ficam, então, prejudicados os embargos, devendo a questão ser resolvida na apelação.

Não custa repetir que o ato judicial que decide os embargos de declaração ostenta a *mesma* natureza daquele que foi objeto dos aclaratórios. Assim, opostos os embargos, por exemplo, de uma sentença, eles serão decididos por *nova* sentença. Na verdade, as duas sentenças devem ser *somadas*, perfazendo-se *uma só*, justamente porque os embargos têm, como se viu, aquele efeito de integrar ou complementar o julgado anterior.

Desse modo, opostos embargos contra acórdão, deverão ser julgados por *novo* acórdão, *não* se permitindo ao relator que o faça em decisão isolada. A propósito, cumpre advertir que, nos embargos de declaração, *não* se permite ao relator que, aplicando o art. 557 do CPC, negue-lhe seguimento ou já lhe dê provimento. Enfim, não se permite que o relator decida os embargos declaratórios em decisão singular, devendo submeter seu julgamento ao *colegiado* que emitiu o acórdão. Com efeito, já se viu que o ato judicial que julgar os embargos irá revestir-se da *mesma* natureza da decisão embargada. Assim, se o ato embargado for um acórdão, os embargos hão de ser julgados por outro acórdão, não devendo ser decididos, isoladamente, pelo relator⁵⁸. *Essa conclusão é muito importante para compreender a razão pela qual é cabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão que julgar embargos de declaração*, ponto que será examinado no capítulo dedicado aos embargos infringentes.

Demais disso, não se aplica aos embargos de declaração o art. 557 do CPC, pois o objetivo deste dispositivo é evitar a perda de tempo com a burocrática e demorada inclusão em pauta de julgamento, conferindo-se maior celeridade ao desfecho do recurso, quando já há posicionamento dominante ou pacífico ou, ainda, quando já se mostra evidente a improcedência das alegações contidas na minuta recursal. No caso dos embargos declaratórios, não há inclusão em pauta, não sobressaindo o motivo que justifica a aplicação do referido art. 557 do CPC.

58. Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho, extraído da ementa de um acórdão do STJ: “A competência para julgamento dos embargos de declaração é sempre do órgão julgador que proferiu a decisão embargada. Assim, quando apresentados contra acórdão, é do colegiado, e não do relator, a competência para o seu julgamento. E é do relator, monocraticamente, aí sim, quando ofertados contra decisão singular”. (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 508.950/SC, cuja ementa está publicada na *Revista Dialética de Direito Processual* nº 9: dezembro/2003, p. 209).

A isso acresce a incidência, na espécie, do art. 537 do CPC, que excepciona, no caso dos embargos, a aplicação do aludido art. 557 do mesmo diploma processual. Ora, se o relator, pelo art. 537 do CPC, deve apresentar os embargos em mesa, proferindo voto, não se lhe permite, então, decidir, isoladamente, os aclaratórios, cabendo-lhe submeter o caso aos seus pares, ainda que seja para não conhecer do recurso⁵⁹.

Vale dizer que o art. 557 do CPC atribui ao relator o poder de decidir, isoladamente, o recurso. “É evidente, todavia, que tal atribuição não abrange os embargos de declaração, pois estes devem ser ‘apresentados em mesa na sessão subsequente’ (art. 537)”⁶⁰.

É possível, contudo, que os embargos de declaração sejam opostos contra decisão isolada de relator. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça admite, largamente, o cabimento dos embargos de declaração contra decisão interlocutória, seja ela proferida por juiz de primeira instância, seja ela conteúdo de acórdão ou *de decisão singular de relator*; em qualquer caso, o entendimento denota, inclusive, que, uma vez opostos os embargos, haverá interrupção do prazo recursal.⁶¹ Nessa hipótese, opostos embargos de declaração contra *decisão isolada* de relator, é o próprio relator quem deve, em nova *decisão isolada*, julgar os embargos, não devendo apresentá-los em mesa para julgamento perante a Câmara ou Turma. O relator somente deve apresentá-los em mesa para julgamento perante o colegiado, se os embargos forem opostos contra acórdão; uma vez opostos contra decisão isolada do relator, é este, em nova decisão isolada, irá julgar os embargos.

5. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A competência para julgar os embargos (tanto para o exame de admissibilidade como para o de mérito) é do mesmo *juízo* ou *órgão jurisdicional*. Seria

59. A propósito, assim já decidiu o STJ: “FGTS – PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DECIDIDOS MONOCRATICAMENTE – DE ACÓRDÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO – VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC – NULIDADE DA DECISÃO – RECURSO PROVIDO. 1. No caso de embargos opostos de acórdão da Turma do Tribunal *a quo*, não pode o Relator decidi-los monocraticamente, devendo, nos termos do art. 537 do CPC, apresentá-los em mesa para que o colegiado se manifestasse a respeito de eventual omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido. 2. Inaplicabilidade do art. 557 do CPC à hipótese de já haver decisão do órgão colegiado. 3. Recurso provido.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 300.397/PE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12/06/2001, publicado no DJ de 20.08.2001, p. 438). *No mesmo sentido*: decisão do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp n. 516.465/RS, publicada na *Revista Dialética de Direito Processual* n.º 8 (novembro-2003), p. 161-162.

60. CARNEIRO, Athos Gusmão. “Poderes do relator e agravo interno – Arts. 557, 544 e 545 do CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 100, p. 13.

61. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 478.459/RS, rel. Min. José Delgado, j. 25/02/2003, DJ de 31/03/2003, p. 175.

recomendável que os embargos fossem julgados pelo mesmo *juiz* (pessoa física), mas o CPC/73 não exige tal vinculação, não se aplicando aos embargos declaratórios o princípio da identidade física do juiz⁶². Esta competência não se dirige à pessoa física do juiz, “de sorte que, para o julgamento dos Edcl, é irrelevante o fato de o juiz que proferiu a decisão embargada não mais estar em exercício perante o juízo competente”⁶³. Se a decisão embargada é um acórdão, é o colegiado que deve decidir os embargos de declaração; se a decisão embargada tiver sido proferida por um membro do tribunal, os embargos de declaração serão julgados em decisão unipessoal.

Seria preferível que fossem os embargos julgados pelo mesmo *juiz* (pessoa física), sobretudo nos casos de obscuridade e contradição (pois, ninguém melhor que o próprio juiz para esclarecer a questão, que poderá não ser também compreendida por outro juiz)⁶⁴, mas não há essa obrigatoriedade, devendo os embargos ser julgados pelo mesmo *juízo* (órgão jurisdicional), independentemente de ser – ou não – o mesmo *juiz* (pessoa física).

Se, todavia, o magistrado ainda estiver exercendo as suas funções no órgão colegiado, deve ser ele o relator, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 132 do CPC.

6. PRAZO

Os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da intimação da decisão embargada. Em se tratando de parte representada por defensor público, o prazo será contado em dobro, pois o defensor público dispõe da prerrogativa de prazos em dobro (Lei nº 1.060/1950, art. 5º, § 5º). O Ministério Público e a Fazenda Pública dispõem igualmente de prazo em dobro para a oposição dos embargos declaratórios (CPC, art. 188).

Havendo litisconsortes com procuradores diferentes, o prazo para opor embargos declaratórios também deve ser computado em dobro⁶⁵. No particular,

62. MIRANDA, Vicente. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 69. O autor, após demonstrar que o atual CPC não determina a aplicação do princípio da identidade física do juiz para os embargos de declaração, aduz, em seguida, que “o mesmo juiz (pessoa física) que prolatou a decisão embargada pode, após sua promoção ou transferência, julgar os embargos contra aquela decisão sua” (*ob. cit.*, p. 70). Com o devido respeito, não parece correta essa afirmativa, pois, ainda que se aplicasse o princípio da identidade física do juiz ao julgamento dos embargos declaratórios, a promoção ou transferência desvincula o juiz (CPC, art. 132).

63. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 907.

64. FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*, cit., p. 103.

65. Ao julgar o AgRg nos EDcl no Ag 743.651/DF, rel. Min. Ari Pargendler, a 3ª Turma do STJ assim entender: “Ainda que os litisconsortes sejam representados por diferentes procuradores, cada qual tem o

cumprir lembrar o teor do enunciado n. 641 da súmula do STF, que assim expressa: “*não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido*”. Tal enunciado não se aplica para os embargos de declaração, porquanto não se exige sucumbência para que se oponham os embargos. De fato, cabem embargos, como se viu, quando houver omissão, obscuridade ou contradição, independentemente de haver sucumbência da parte que pretenda embargar. Então, os litisconsortes com procuradores diferentes dispõem de prazo em dobro para opor embargos de declaração, ainda que somente um deles tenha sido sucumbente.

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, o prazo para opor embargos de declaração também é de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o art. 49 da Lei nº 9.099/1995.

O art. 498 do CPC foi recentemente alterado pela Lei n. 10.352/2001. Quando o acórdão contiver parte unânime e parte não-unânime, e forem interpostos embargos infringentes da parte não-unânime, fica sobrestado o curso do prazo para a interposição dos recursos extraordinários contra a parte unânime.

Não há referência ao sobrestamento do prazo para a interposição de embargos de declaração contra a parte unânime. *Quid iuris?*

Como bem observou a doutrina, a interposição dos embargos infringentes contra a parte não-unânime da decisão impede que o prazo para a interposição dos recursos extraordinários comece a fluir; o prazo para esses recursos nem começou a correr.⁶⁶

Somente fica sobrestado o prazo para a interposição dos recursos extraordinário e especial, não havendo sobrestamento quanto ao prazo para a oposição de embargos de declaração. Sendo necessário opor embargos declaratórios, deve a parte fazê-lo desde logo, eis que o correlato prazo não estará sobrestado. Com efeito, “neste caso o interessado deverá, antes da interposição dos infringentes (independente de qual parte interporá), manejar os embargos de declaração

prazo de 5 (cinco) dias para opor os embargos de declaração, os quais não se sujeitam ao regime do art. 191 do Código de Processo Civil.” (*DJe* 07.04.2009). Tal precedente não oferece fundamentação suficiente a esclarecer a razão pela qual o art. 191 do CPC não se aplicaria aos embargos de declaração. Simplesmente afirma não ser aplicável tal prazo no âmbito dos embargos de declaração. Trata-se de precedente isolado, não se alinhando à jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça. Não há razão para deixar de aplicar o art. 191 do CPC quanto aos embargos de declaração.

66. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 129; JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132.

– especialmente quanto a parte unânime –, pois o ‘sobrestamento’ do prazo é para recurso extraordinário e para recurso especial e não para embargos de declaração”.⁶⁷

O sobrestamento do prazo para a interposição dos recursos extraordinário e especial não alcança, portanto, o prazo para a oposição dos embargos declaratórios. De fato, “frise-se, também, que os embargos de declaração não estão aí incluídos. O prazo dentro do qual devem ser interpostos flui normalmente”.⁶⁸

Vale dizer que o prazo que fica sobrestado, diante do art. 498 do CPC, é o da interposição dos recursos especial e extraordinário, não havendo tal sobrestamento para a oposição de embargos de declaração.

7. REGULARIDADE FORMAL DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração devem ser opostos por petição escrita, dirigida ao próprio órgão prolator da decisão embargada, contendo o pedido de complementação do julgado, a fim de que seja suprida a omissão, eliminada a contradição, esclarecida a obscuridade e/ou corrigido o erro material.

Não obstante devam os embargos ser opostos por petição escrita, há um caso em que se permite sejam opostos oralmente: a Lei nº 9.099/1995, em seu art. 49, ao tratar dos embargos no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, prevê seu ajuizamento por escrito ou oralmente.

8. DISPENSA DE PREPARO

O art. 536 do CPC dispensa, expressamente, o preparo. Não há preparo, pois, nos embargos de declaração.

Aliás, o STF entende que as custas judiciais ostentam a natureza de tributo, mais especificamente de taxa, servindo para remunerar o serviço judicial. Além de remunerar o serviço judicial, as custas cobrem as despesas com nova autuação e com a devolução dos autos do órgão hierarquicamente superior ao inferior, após o julgamento.

Eis a razão pela qual não há pagamento de custas (não há preparo, pois) nos embargos de declaração: não recebem autuação nem geram nova autuação para

67. FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 13. l., p. 182.

68. WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 129.

o processo, sendo dirigidos ao *mesmo* órgão julgador. Não há *fato gerador* para o pagamento de custas, sendo desnecessário o preparo.

9. CONTRADITÓRIO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração, na tessitura que lhe é conferida pelo CPC, *não* contêm contraditório. Uma vez opostos, devem ser julgados pelo juiz em 5 (cinco) dias; sendo opostos em tribunal, o relator os apresentará em mesa na sessão subsequente, proferindo voto (CPC, art. 537).

Então, não há, em princípio, contraditório nos embargos de declaração.

Acontece, porém, que do julgamento dos embargos pode advir alteração da decisão embargada. De fato, ao suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material, o juiz ou tribunal poderá, conseqüentemente, alterar a decisão embargada. Nesse caso, diz-se que os embargos têm efeitos modificativos ou infringentes.

Quando os embargos têm efeito modificativo ou infringente do julgado, a jurisprudência vem entendendo haver a necessidade de contraditório. É que a parte contrária deve ter a oportunidade de participar do convencimento do juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa.

Em hipóteses assim, se os embargos forem julgados, acolhidos e acarretarem a modificação da decisão anterior, entende-se ter havido ofensa ao princípio do contraditório. Tal situação caracteriza, em verdade, um *error in procedendo*, devendo ser *anulada* a decisão. Em outras palavras, no recurso a ser intentado deve ser postulada a anulação da decisão que acolheu os embargos.⁶⁹

10. MULTA PELO CARÁTER PROTETATÓRIO

Já se viu que, opostos tempestivamente os embargos declaratórios, fica interrompido o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Mercê desse efeito interruptivo, os embargos de declaração sobressaem como o recurso que se revela com mais propensão a estimular o intuito de procrastinação. Assim, na intenção de obter mais tempo, de dispor de um maior prazo ou até mesmo de protelar o andamento do feito, poderia a parte lançar mão dos embargos declaratórios, pois seu ajuizamento tempestivo tem o condão de interromper o prazo para outros recursos.

Daí, quando manifestamente protetatórios os embargos de declaração, deve-se aplicar a regra contida no parágrafo único do art. 538 do CPC, impondo-se a

69. STJ, 5ª T., EEROMS 8.430/BA, rel. Min. Gilson Dipp, j. 09.09.2003, publicado no *DJ* de 29.09.2003, p. 274; STJ, 1ª T., REsp n. 491.311/MG, rel. Min. José Delgado, j. 06.05.2003, publicado no *DJ* de 09.06.2003, p. 189.

multa ali prevista. Vale dizer que, opostos embargos declaratórios, e sendo estes tidos como protelatórios, deve o juiz ou tribunal, declarando que o são,⁷⁰ condenar o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Ainda que os embargos tenham sido reputados protelatórios e tenha havido a condenação do embargante no pagamento da aludida multa, é possível que haja a oposição de novos embargos. De fato, consoante pacífico entendimento jurisprudencial, cabem embargos declaratórios contra decisão proferida em anteriores embargos de declaração, “se permanecer na nova decisão os vícios mencionados nos primeiros”⁷¹ ou “se a nova decisão padecer de outros vícios diversos dos apontados na primitiva decisão”⁷².

Admite-se a interposição de embargos de declaração contra julgamento de embargos de declaração; no entanto, esses novos embargos devem apontar a existência de um daqueles vícios nesta decisão; não servem para reiterar a argumentação de embargos já interpostos e rejeitados ou não conhecidos. Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira: “O que na verdade não se admite é a tentativa de reproduzir, nos segundos embargos, crítica feita nos primeiros à decisão contra a qual haviam estes sido interpostos”.⁷³

Tomem-se os seguintes exemplos em consideração: opostos embargos declaratórios, em que se alegou omissão no julgado, o juiz ou tribunal os rejeitou, alegando, genericamente, a ausência de qualquer vício. Nesse caso, persiste a omissão alegada, sendo possível o manejo de novos aclaratórios. A outra hipótese: opostos embargos em que se alega omissão e o juiz ou tribunal, ao supri-la, incorre em contradição. A nova decisão, como se vê, padece de *outro* vício diverso do apontado no primitivo *decisum*.

Desse modo, opostos embargos declaratórios, e vindo estes a ser tidos como protelatórios, deve o juiz ou tribunal condenar o embargante ao pagamento de uma multa de até 1% sobre o valor da causa em favor do embargado. Se, ao julgar esses embargos, o juiz ou tribunal persistir no vício alegado ou desse julgamento surgirem novos vícios, pode o embargante opor novos embargos. Caso estes segundos embargos venham a ser tidos também como protelatórios, aquela multa de até 1% passa para até 10%, ficando a interposição de qualquer outro recurso (até mesmo uns terceiros embargos declaratórios) condicionada ao depósito prévio

70. Segundo firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, não basta que o juiz ou tribunal expresse serem os embargos protelatórios; deve, além disso, fundamentar, demonstrando a razão pela qual seriam procrastinatórios. Nesse sentido, STJ, 3ª T., REsp n. 92.285/PR, rel. Min. Nilson Naves, j. 16/12/1996, publicado no DJ de 03.06.1997, p. 4.642.

71. JTARS 35/210; RJTJ/RS 136/91; RTJ 125/1.344; RT 633/226.

72. RTJ 102/771, 97/1113; JTACivSP 61/216.

73. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, n. 308, p. 554.

do respectivo valor. A multa de 10% – fixada apenas na *reiteração* de embargos protelatórios – passa a constituir *requisito de admissibilidade de qualquer outro* recurso que venha a ser intentado pela parte, mesmo que esse recurso não se sujeite, normalmente, a preparo⁷⁴.

Na opinião de ARLETE INÊS AURELLI, a exigência de depósito do valor da multa para admissibilidade do próximo recurso é inconstitucional, aplicando-se, por analogia, o enunciado 21 da Súmula Vinculante do STF, de cujos termos extrai-se a seguinte dicção: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Em seu entendimento, essa multa pode ser cumulada com a multa por litigância de má fé, devendo somente ser exigida ao final, não sendo possível, haja vista sua inconstitucionalidade, ser imposta como requisito de admissibilidade para outros recursos.⁷⁵ Não concordamos com essa opinião. Não nos parece seja inconstitucional a previsão contida no parágrafo único do art. 538 do CPC, nem nos parece ser aplicável ao caso o enunciado 21 da Súmula Vinculante do STF. Não há qualquer dispositivo constitucional violado a partir da exigência de depósito prévio da multa imposta à parte que reiterou embargos de declaração protelatórios. Nos termos de tal enunciado sumular, não se pode condicionar a admissibilidade de recurso administrativo à exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens, pois isso ofende a garantia do contraditório e da ampla defesa, além de atentar contra o direito de petição. No caso da reiteração de embargos declaratórios, há uma sanção pela conduta ilícita da parte, a qual, ao opor embargos protelatórios, já fora punida com multa de até 1% sobre o valor da causa. Mesmo com tal punição, mantém conduta ímproba e desleal, valendo dizer que a punição não foi suficiente para inibir a atitude ilícita da parte. Daí o legislador, observando gradação razoável, determina a majoração da multa, com a exigência do depósito prévio para a admissibilidade de outros recursos. A *ratio decidendi* dos precedentes que deram origem ao enunciado 21 da Súmula Vinculante do STF não guarda pertinência com a situação relativa à reiteração de embargos protelatórios, eis que a hipótese a que se refere não se identifica com a punição de uma conduta ilícita. Ademais, não há que se falar em cumulação da multa do parágrafo único do art. 538 do CPC com a multa de litigância de má fé, eis que aquela já é uma multa imposta pela litigância de má fé. A hipótese do parágrafo

74. Não parece adequado esse entendimento do STJ. “Isso porque a referida multa é imposta em razão de um ato de *litigância de má-fé*. Ora, as multas impostas em virtude da litigância de má-fé são contadas como *custas* e reverterem em favor da parte contrária (CPC, art. 35). Por outro lado, a Fazenda Pública somente paga *custas* ao final, quando vencida (CPC, art. 27). Então, condenada na multa de até 10%, prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, por ter reiterado embargos de declaração protelatórios, a Fazenda Pública *não* precisa depositar o valor respectivo para interpor qualquer outro recurso, devendo a multa ser executada ao final, se ela acaso restar vencida na causa”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 106). Cassio Scarpinella Bueno adota entendimento contrário, defendendo que a Fazenda Pública, nos casos do parágrafo único do art. 538 do CPC, deve sujeitar-se ao *prévio e imediato* pagamento da multa, para que possa intentar qualquer outro recurso (*O poder público em juízo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-237).

75. AURELLI, Arlete Inês. “Aspectos polêmicos dos embargos de declaração”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2011, v. 12, n. 4.2, p. 25-26.

único do art. 538 do CPC coincide com a previsão do inciso VII do art. 17 do mesmo CPC, sendo apenas mais específica para os embargos de declaração. Nos dois textos normativos alude-se a uma conduta típica que caracteriza um ato de litigância de má fé.

A redação do parágrafo único do art. 538 apenas prevê uma reiteração de embargos de declaração, que, se também protelatórios, podem gerar aplicação de multa de até 10% do valor da causa. Não há previsão para uma “terceira” oposição. Note que o silêncio parece eloquente, já que nem há menção a um eventual aumento geométrico do valor da multa, acaso novos embargos – o legislador poderia, por exemplo, ao final do dispositivo, prescrever: “e assim sucessivamente...”

É possível interpretar o CPC no sentido de que não é possível ao interessado opor, por três vezes sucessivas, embargos de declaração. A segunda oposição abusiva gera a perda do direito de embargar pela terceira vez (é uma preclusão por ato ilícito).

Três são os fundamentos: a) a oposição dos embargos de declaração é prescindível, já que o recurso posterior pode atacar os mesmos vícios que permitem o manejo dos declaratórios; b) conforme visto, o parágrafo único do art. 538 do CPC não prevê uma terceira oposição dos embargos, como poderia fazer, inclusive com o aumento progressivo da multa punitiva; c) a oposição reiterada desse recurso é ardil que pode impedir indefinidamente o trânsito em julgado da decisão (na Bahia, por exemplo, há um caso conhecido em que a decisão, proferida há mais de cinco anos, ainda não transitou em julgado, pois ainda se está apreciando a décima impugnação sucessiva pelos declaratórios).

II. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO

Havendo omissão do órgão jurisdicional na apreciação de determinada questão, que foi suscitada (e é relevante) ou é de ordem pública (passível de conhecimento *ex officio*),⁷⁶ cabem embargos de declaração para fim corrigir o julgado, suprimindo-se a omissão.

Acaso a omissão não seja suprida, não haverá *prequestionamento*, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado n. 211 da

76. Importante esta observação, na medida em que não se pode ventilar, nos embargos de declaração, questão que jamais havia sido suscitada. Se ninguém levantou a questão e o tribunal não se manifestou sobre ela, não se poderia cogitar de omissão. Correto, assim, o entendimento do STJ: “Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com o escopo de prequestionar tema não agitado, anteriormente, no processo. Na hipótese, não haveria ‘prequestionamento’, mas ‘pós-questionamento’”. (STJ, 1ª Turma, REsp. 31.257-O-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 23.05.1994).

súmula da jurisprudência predominante do STJ, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem. Da mesma forma, se já houver pronunciamento judicial sobre a questão, pouco importa se tenha havido ou não a provocação da parte, desnecessária a interposição dos embargos de declaração, porquanto já tenha sido satisfeita a exigência. De acordo com o enunciado n. 98 da súmula da jurisprudência dominante do STJ, embargos de declaração com intuito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Há julgados do STF no sentido de que a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, pouco importa se suprida ou não a omissão, aplicando-se, literalmente, o disposto no enunciado 356 da súmula do STF. Haveria aí o chamado *prequestionamento ficto*.

O tema voltará a ser examinado, com mais profundidade, no capítulo dedicado aos recursos excepcionais.

12. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O DIREITO AO ADITAMENTO DO RECURSO JÁ INTERPOSTO (“PRINCÍPIO” DA COMPLEMENTARIDADE)

Pelo princípio da complementaridade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso já interposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer”.⁷⁷ Assim, se não tiver havido modificação no julgado, mas simples esclarecimento, não será cabível qualquer modificação em recurso eventualmente interposto.

Como se pode constatar com alguma facilidade, não se trata rigorosamente, também aqui, de um princípio. Há, em verdade, a incidência direta do princípio do contraditório, que garante ao recorrente o direito ao aditamento do recurso já interposto, para que possa impugnar a decisão em seus termos atuais, após ter sido alterada pelo acolhimento dos embargos de declaração anteriormente opostos.

Se o provimento dos embargos de declaração implicar modificação do julgado, pode a parte, que interpusera o recurso, aditá-lo, para impugnar a parcela da decisão que foi modificada. E só. Jamais entrar com outro recurso. Não pode recorrer de novo. Trata-se de posição assente na doutrina. Além da lição de Nelson

77. NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos – princípios fundamentais*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 155.

Nery Jr., anteriormente citada, seguem essa corrente Clito Fornaciari Jr.⁷⁸ e Luis Eduardo Simardi Fernandes.⁷⁹

13. RATIFICAÇÃO DO RECURSO APÓS JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ENUNCIADO 418 DA SÚMULA DO STJ

Sabe-se que os embargos de declaração são cabíveis contra todo ato judicial, podendo ser opostos por qualquer das partes. Também se sabe que, uma vez opostos, os embargos interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes (CPC, art. 538).

Não é raro que, proferida determinada decisão, uma parte oponha embargos de declaração, enquanto a parte contrária interpõe outro recurso. Opostos os embargos de declaração, o prazo para este recurso, interposto pela parte contrária, estará interrompido. Julgados os embargos, a parte terá renovado o prazo para recorrer. Não poderá, contudo, fazê-lo, pois já operada a preclusão consumativa. Vale dizer que, opostos embargos de declaração por uma parte, o prazo para a interposição de outro recurso, por qualquer das partes, interrompeu-se. Quem, porém, já interpôs seu recurso, não poderá fazê-lo novamente, não obstante a reabertura do prazo a partir do julgamento dos declaratórios. Isso porque já praticou o ato processual, caracterizando a chamada preclusão consumativa. Vale ressaltar, apenas, a hipótese de, nos embargos de declaração, haver modificação da decisão, sendo, então, possível à parte que já recorreu aditar seu recurso relativamente ao trecho da decisão embargada que veio a ser alterado. É o que se extrai do chamado “princípio” da complementaridade.

Não havendo, todavia, modificação no julgamento dos embargos de declaração, a parte que já recorreu não pode aditar ou renovar seu recurso.

Numa situação dessas, julgados os embargos de declaração, deveria ser processado o recurso já interposto, não havendo qualquer iniciativa a ser tomada pela parte recorrente. Não tem sido esse, entretanto, o entendimento do Superior:

78. *Dos embargos de declaração*. Revista do Advogado 27/36.

79. “Não se admite que interponha novo recurso, pois o direito de recorrer já foi exercido. Autoriza-se, isso sim, que complemente aquele já apresentado, para que alcance, se for o caso, a nova realidade trazida pela alteração ou complementação da decisão da qual recorreu. (...) De se atentar, contudo, para a circunstância de essa possibilidade de complementação não autorizar que o recorrente amplie seu recurso para alcançar matéria da qual poderia ter recorrido desde o início, mas não o fez, uma vez que já foi ela atingida pela preclusão. Essa possibilidade de complementação ou adaptação deve atingir apenas aquilo que foi objeto da decisão nos embargos de declaração” (*Embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2003, p. 142-143.).

Tribunal de Justiça. Com efeito, “A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.” (AgRg no Ag 1055856/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 12/04/2010).

Tal entendimento consolidou-se no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estando o enunciado n. 418 de sua súmula, assim redigido: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Tal orientação afigura-se exagerada, não sendo compatível com o garantia constitucional do amplo acesso à justiça, além de não soar razoável. Se a parte já interpôs seu recurso, já manifestou seu interesse, não sendo adequado exigir uma posterior ratificação apenas porque houve julgamento de embargos de declaração.

Já que veio a prevalecer tal entendimento, impõe-se destacar que, em favor da isonomia e da coerência sistêmica, a exigência há de ser feita a qualquer recurso, e não apenas aos recursos especiais.⁸⁰ Assim, julgados os embargos de declaração, a parte que interpôs agravo de instrumento, ou apelação, ou embargos infringentes, ou recurso extraordinário, ou embargos de divergência, deve ratificar seu recurso, sob pena de ele não ser admitido. Enfim, em razão da necessidade de se manter unidade e coerência no sistema recursal, se se exige ratificação no recurso especial, impõe-se fazer essa exigência para os demais recursos.

Ademais, se é de prevalecer essa orientação do STJ, a ratificação deve ser exigida, não a partir da publicação, assim como estabelece o enunciado 418 de sua súmula, mas desde o momento em que proferido o acórdão dos embargos de declaração⁸¹. Na verdade, o termo *publicação*, constante do enunciado da súmula,

80. Nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp n. 659.663/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 01.12.2009, publicado no DJe 22.03.2010.

81. Em verdade, tal exigência só poderia ser válida a partir de 06.08.2007, quando da publicação do acórdão do REsp n. 776.265/SC, ocasião em que o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento acerca da questão. Antes, conforme observado por aquele próprio Tribunal (AgRg no AI 827.293/RS, DJ 22.11.07, p. 193, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma), “ainda não havia se formado o entendimento deste STJ no sentido acima explicitado [REsp 776.265/SC]”, pelo que “a referida decisão da Corte Especial não deve traduzir efeitos retroativos à situação em questão”. A despeito desse julgamento, prevaleceu a *retroatividade maléfica*, a ofender a segurança jurídica e o direito adquirido processual, como observou

deve ser compreendido em seu sentido técnico, consistindo no momento em que a decisão é proferida, ou lançada aos autos, ou tornada pública, e não no sentido de intimação ou veiculação no Diário Oficial.

14. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

De acordo com o art. 476 do CPC, cabe a qualquer juiz ou desembargador solicitar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação do direito, quando, a seu respeito, ocorre divergência ou, quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma.

Convém lembrar a lição de Barbosa Moreira:

“De maneira alguma fica excluído *a priori* o cabimento do incidente no julgamento de embargos de declaração. Mas é óbvio que só se poderá pleitear a uniformização quanto a alguma tese jurídica relativa a esse recurso. Concebe-se, v. g., que acórdãos anteriores do tribunal hajam divergido na determinação dos limites em que é lícito ao órgão julgador modificar a decisão embargada, e que ao embargante interesse ver consagrada a orientação mais liberal – pressuposto necessário, por hipótese, do êxito dos seus embargos. O que não se admite é que o interessado deixe para o julgamento dos embargos de declaração requerimento de uniformização que seria oportuno quando do julgamento embargado, por dizer respeito a *questio iuris* relevante para este”.⁸²

É bem verdade que o pedido de uniformização de jurisprudência somente pode ser formulado antes de “encerrado o julgamento” sobre a questão controvertida (*RTJ* 87/1.002; *RT* 552/161; *RT* 618/190; *JTA* 106/294), o que afastaria a possibilidade de ser formulado em sede de embargos declaratórios. Ocorre, porém, que o incidente de uniformização de jurisprudência *pode* ter lugar no julgamento de embargos declaratórios (*JTA* 69/231), também em relação à questão a respeito da qual seja *omisso* o acórdão embargado (*RSTJ* 73/47; *JTA* 99/232; *JTA* 120/270). Quando houver *omissão* sobre determinada matéria, ainda *não* terá havido julgamento acerca de tal questão, sendo conveniente prevenir a divergência no âmbito interno do tribunal. Além do mais, os embargos de declaração visam a integrar, complementar, aperfeiçoar o julgamento. Ora, se há omissão de determinada matéria e, pelos embargos, o julgamento deve ser complementado, significa que não houve, no ponto, *encerramento do julgamento*, sendo cabível a uniformização de jurisprudência.

FARIA, Márcio Carvalho. “A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 167, p. 250-269.

82. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, n. 308, p. 11.

segurança jurídica em detrimento da celeridade processual, pois, não raras vezes, quem mais bem aprecia a causa, percebendo determinado detalhe, sobretudo em matéria de fato, é o prolator do voto vencido.

Com efeito, o legislador, por várias vezes, já teve a oportunidade de extinguir os embargos infringentes, preferindo, contudo, modificá-los, restringi-los, aprimorá-los ou aperfeiçoá-los a ter que aboli-los do sistema.

Em 2001, o legislador, ao editar a Lei nº 10.352/2001, veio, mais uma vez, a alterar o Código de Processo Civil, oportunidade em que poderia extinguir os embargos infringentes. Optou, todavia, por mantê-los, ante os benefícios que eles ainda trazem no sentido de permitir seja a causa novamente julgada pelo mesmo tribunal, quando não haja unanimidade, a refletir, inclusive, no aspecto psicológico dos julgadores. De fato, havendo um voto vencido, e sabendo que, diante disso, poderá a parte reacender a discussão, os julgadores examinarão o caso com mais afincio². Sua manutenção garante, ademais, a segurança jurídica, porquanto a possibilidade de desacerto ou desequilíbrio no julgamento colegiado é eliminada pela interposição dos embargados infringentes³.

2. OS EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO PREVISTOS PELO CPC DE 1939

Os embargos infringentes têm sua gênese no direito português, vindo a ser incorporados no direito brasileiro. A partir da Constituição Federal de 1934, a União passou a deter a competência privativa para legislar sobre matéria de processo. Antes de ser editado o CPC/39, havia várias leis esparsas que tratavam do processo civil, destacando-se, dentre elas, a *Lei nº 319, de 25/11/1936*, cujos dispositivos cuidaram dos recursos cabíveis contra as decisões finais das então Cortes de Apelação e suas Câmaras. Seu *art. 5º* assim estabelecia:

“Art. 5º. Os acórdãos nos julgamentos de apelações cíveis e de agravos constituem decisões de última instância sempre que, proferidos por unanimidade de votos, confirmem as decisões recorridas, exceto nas causas de valor superior a 20 contos de réis.

Parágrafo único. Quando não houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo, caberão embargos de nulidade e infringentes do julgado, para julgamento pelo tribunal competente, nos termos da lei da organização judiciária”.

2. JORGE, Flávio Cheim. “Embargos infringentes: uma visão atual”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wainbiere Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 262.
3. JORGE, Flávio Cheim. “Embargos infringentes: uma visão atual”, cit., p. 262.

deve ser compreendido em seu sentido técnico, consistindo no momento em que a decisão é proferida, ou lançada aos autos, ou tornada pública, e não no sentido de intimação ou veiculação no Diário Oficial.

14. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

De acordo com o art. 476 do CPC, cabe a qualquer juiz ou desembargador solicitar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação do direito, quando, a seu respeito, ocorre divergência ou, quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma.

Convém lembrar a lição de Barbosa Moreira:

“De maneira alguma fica excluído *a priori* o cabimento do incidente no julgamento de embargos de declaração. Mas é óbvio que só se poderá pleitear a uniformização quanto a alguma tese jurídica relativa a esse recurso. Concebe-se, v. g., que acórdãos anteriores do tribunal hajam divergido na determinação dos limites em que é lícito ao órgão julgador modificar a decisão embargada, e que ao embargante interesse ver consagrada a orientação mais liberal – pressuposto necessário, por hipótese, do êxito dos seus embargos. O que não se admite é que o interessado deixe para o julgamento dos embargos de declaração requerimento de uniformização que seria oportuno quando do julgamento embargado, por dizer respeito a *quaestio iuris* relevante para este”.⁸²

É bem verdade que o pedido de uniformização de jurisprudência somente pode ser formulado antes de “encerrado o julgamento” sobre a questão controvertida (*RTJ* 87/1.002; *RT* 552/161; *RT* 618/190; *JTA* 106/294), o que afastaria a possibilidade de ser formulado em sede de embargos declaratórios. Ocorre, porém, que o incidente de uniformização de jurisprudência *pode* ter lugar no julgamento de embargos declaratórios (*JTA* 69/231), também em relação à questão a respeito da qual seja *omisso* o acórdão embargado (*RSTJ* 73/47; *JTA* 99/232; *JTA* 120/270). Quando houver *omissão* sobre determinada matéria, ainda *não* terá havido julgamento acerca de tal questão, sendo conveniente prevenir a divergência no âmbito interno do tribunal. Além do mais, os embargos de declaração visam a integrar, complementar, aperfeiçoar o julgamento. Ora, se há omissão de determinada matéria e, pelos embargos, o julgamento deve ser complementado, significa que não houve, no ponto, *encerramento do julgamento*, sendo cabível a uniformização de jurisprudência.

FARIA, Márcio Carvalho. “A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 167, p. 250-269.

82. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, n. 308, p. 11.

Em suma, é possível uniformização de jurisprudência nos embargos de declaração, seja em relação a questão que diga respeito ao julgamento dos próprios embargos, seja em relação a questão sobre a qual o acórdão embargado *se omitiu*.

15. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pode ser feita por qualquer órgão julgador brasileiro, pois o nosso sistema de controle de constitucionalidade admite o denominado controle difuso. Se o órgão for colegiado, no entanto, de acordo com o disposto no art. 97 da CF/88, a decisão pela inconstitucionalidade deve ser feita pela maioria absoluta do tribunal ou do seu órgão especial.

É possível, desse modo, imaginar a interposição de embargos de declaração ao fundamento de que o juízo omitiu-se na apreciação da inconstitucionalidade da lei. Assim sendo, se o juízo for o plenário ou órgão especial do tribunal, seria possível, corrigindo a omissão, reconhecer *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei; se o órgão colegiado for outro do tribunal (câmara, p. ex.), percebendo a omissão e a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade, deverá remeter os autos ao órgão colegiado maior, competente para processar o incidente de decretação de inconstitucionalidade; se o órgão for monocrático, poderá, corrigindo a omissão, reconhecer a inconstitucionalidade da lei.

Sobre o incidente de decretação de inconstitucionalidade, ver capítulo adiante, a ele dedicado.

A decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* nos embargos de declaração poderá ocorrer *desde que* se relacione com questão a respeito da qual seja *omisso* o acórdão ou a sentença embargada. Em outras palavras, quando houver *omissão* sobre determinada matéria, ainda *não* terá havido julgamento acerca de tal questão, sendo possível haver, então, o pedido de instauração do incidente. *Demais disso, podem os embargos de declaração provocar o julgamento de alguma questão de ordem pública, para cujo deslinde seja necessário proclamar, ou não, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No particular, será possível o pedido de instauração do incidente.*

CAPÍTULO V

EMBARGOS INFRINGENTES

Sumário • 1. Controvérsia sobre a manutenção dos embargos infringentes no direito positivo – 2. Os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos pelo CPC de 1939 – 3. As hipóteses de cabimento dos embargos infringentes no CPC/73 – 4. Cabimento dos embargos infringentes *apenas* de acórdão de mérito que julgar a apelação – 5. Embargos infringentes em ação rescisória – 6. Situações polêmicas: 6.1. Reexame necessário; 6.2. Embargos de declaração; 6.3. Julgamento de agravo; 6.4. Voto-médio; 6.5. Parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios – 7. Os efeitos dos embargos infringentes – 8. Os embargos infringentes e a ausência de declaração de voto vencido – 9. As razões de decidir nos embargos infringentes (vinculação aos argumentos do voto vencido?) – 10. Procedimento dos embargos infringentes – 11. Os embargos infringentes e o prazo para os recursos extraordinário e especial (o art. 498 do CPC).

1. CONTROVÉRSIA SOBRE A MANUTENÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO DIREITO POSITIVO

A manutenção dos embargos infringentes no sistema processual civil brasileiro sempre foi objeto de críticas por parcela considerável da doutrina, avultando vozes e letras que defendem, de maneira candente, sua extinção. Isso porque constituiriam, para alguns, um anacronismo, na exata medida em que somente o direito brasileiro ainda os prevê, tendo sido abolidos, inclusive, do direito português, de onde surgiram. Além disso, por não deitarem raízes no direito romano ou não encerrarem outro fundamento de ordem científica, sua tendência seria a extinção, constituindo um *bis in idem* ou o “segundo tempo do recurso de apelação”¹.

As críticas formuladas contra a manutenção dos embargos infringentes fundam-se, basicamente, em razões históricas ou no excesso de recursos que acarretariam a demora da entrega final da prestação jurisdicional. É que, com a interposição dos embargos infringentes, haveria, mais uma vez, o rejuízo da causa, prolongando, ainda mais, o andamento do processo. Tal reapreciação da causa, dizem as críticas, já é feita no exame da apelação, sendo excessivo e repetitivo proceder-se a ela, outra vez, com os embargos infringentes. Ademais, não poderia admitir-se o cabimento de um recurso apenas em razão da existência de um voto vencido, eis que contrário à efetividade do processo um recurso com tal finalidade.

O antigo dilema entre a celeridade processual e a segurança jurídica tem mantido os embargos infringentes na sistemática recursal brasileira. Opta-se pela

1. MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 238-239.

segurança jurídica em detrimento da celeridade processual, pois, não raras vezes, quem mais bem aprecia a causa, percebendo determinado detalhe, sobretudo em matéria de fato, é o prolator do voto vencido.

Com efeito, o legislador, por várias vezes, já teve a oportunidade de extinguir os embargos infringentes, preferindo, contudo, modificá-los, restringi-los, aprimorá-los ou aperfeiçoá-los a ter que aboli-los do sistema.

Em 2001, o legislador, ao editar a Lei nº 10.352/2001, veio, mais uma vez, a alterar o Código de Processo Civil, oportunidade em que poderia extinguir os embargos infringentes. Optou, todavia, por mantê-los, ante os benefícios que eles ainda trazem no sentido de permitir seja a causa novamente julgada pelo mesmo tribunal, quando não haja unanimidade, a refletir, inclusive, no aspecto psicológico dos julgadores. De fato, havendo um voto vencido, e sabendo que, diante disso, poderá a parte reacender a discussão, os julgadores examinarão o caso com mais afincio². Sua manutenção garante, ademais, a segurança jurídica, porquanto a possibilidade de desacerto ou desequilíbrio no julgamento colegiado é eliminada pela interposição dos embargados infringentes³.

2. OS EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO PREVISTOS PELO CPC DE 1939

Os embargos infringentes têm sua gênese no direito português, vindo a ser incorporados no direito brasileiro. A partir da Constituição Federal de 1934, a União passou a deter a competência privativa para legislar sobre matéria de processo. Antes de ser editado o CPC/39, havia várias leis esparsas que tratavam do processo civil, destacando-se, dentre elas, a *Lei nº 319, de 25/11/1936*, cujos dispositivos cuidaram dos recursos cabíveis contra as decisões finais das então Cortes de Apelação e suas Câmaras. Seu *art. 5º* assim estabelecia:

“Art. 5º. Os acórdãos nos julgamentos de apelações cíveis e de agravos constituem decisões de última instância sempre que, proferidos por unanimidade de votos, confirmem as decisões recorridas, exceto nas causas de valor superior a 20 contos de réis.

Parágrafo único. Quando não houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo, caberão embargos de nulidade e infringentes do julgado, para julgamento pelo tribunal competente, nos termos da lei da organização judiciária”.

2. JORGE, Flávio Cheim. “Embargos infringentes: uma visão atual”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambicre Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 262.
3. JORGE, Flávio Cheim. “Embargos infringentes: uma visão atual”, cit., p. 262.

Conquanto o parágrafo não mencionasse a necessidade ou não de haver julgamento não unânime, a doutrina firmara o entendimento de que somente cabiam *os embargos de nulidade e infringentes do julgado* se houvesse o preenchimento de um dos seguintes requisitos: a) haver desconformidade entre o julgado do tribunal e o do juízo inferior⁴ ou; b) não ser unânime o julgado do tribunal. Caso, porém, a decisão fosse proferida em causa de valor *superior* a 20 (vinte) contos de réis, seriam cabíveis *sempre* os embargos⁵.

Como se vê, cabiam *os embargos de nulidade e infringentes do julgado*, se o acórdão resultasse de julgamento: a) em agravo ou apelação; b) não unânime; c) tendo a decisão recorrida sido reformada. Se a causa tivesse valor superior a 20 (vinte) contos de réis, cabiam *sempre* os embargos, independentemente do conteúdo, da ocorrência de dissídio no julgamento ou da conformidade ou desconformidade com a decisão recorrida.

O CPC/39 manteve os embargos. Seu art. 808, ao enumerar os recursos então cabíveis, mencionava, no inciso II, os “embargos de nulidade ou infringentes do julgado”. Por sua vez, seu art. 833 tratava de seu cabimento, denominando-os de *embargos de nulidade e infringentes do julgado*. Já o seu art. 839 previa os *embargos de nulidade ou infringentes do julgado* de sentenças de primeira instância proferidas em causas de valores igual ou superior a 2 (dois) contos de réis.

Verifica-se, a partir do cotejo dos referidos dispositivos, que ora se mencionava a conjunção “ou”, ora se referia à conjunção “e”. Muito se discutia acerca da eventual diferença entre um ou outro tipo, perquirindo-se se realmente havia distinções e, bem assim, se se tratava de recursos diversos. Depois de muita discussão, chegou-se à conclusão de que o uso alternativo de uma ou outra conjunção não teria implicação prática, sendo certo que os dispositivos aludiam ao mesmo recurso⁶.

O Decreto n. 8.570, de 08.01.1946 alterou o art. 833 do CPC/39, que assim passou a ser redigido:

“Art. 833. Além dos casos em que os permitirem os arts. 783, § 2.º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado, quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo fôr parcial os embargos serão restritos à matéria objeto da controvérsia”.

4. O critério da *dupla conformidade* era utilizado para afastar o cabimento dos embargos.

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Novas vicissitudes dos embargos infringentes”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 113.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Novas vicissitudes dos embargos infringentes”, cit., p. 114.

Diante da alteração legislativa, deixou-se de utilizar o critério da *dupla conformidade* para afastar o cabimento dos embargos. Até então, somente cabiam os embargos se a decisão do tribunal houvesse *modificado* a decisão de primeira instância. Com a nova redação emprestada ao dispositivo, deixou-se de haver tal restrição, passando a ser irrelevante, para o cabimento dos embargos, se a decisão do tribunal teria mantido ou alterado a decisão de primeira instância.

Bem se percebe que os embargos de nulidade e infringentes do julgado eram cabíveis, a partir da modificação de 1946, de decisão não unânime, proferida em apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança.

Impende lembrar, a propósito, que, na sistemática do CPC/39, a apelação era o recurso cabível contra as sentenças que extinguíam o processo com julgamento do mérito. As sentenças terminativas – que extinguíam o processo sem julgamento do mérito – eram impugnadas por um recurso denominado agravo de petição. Significa que os embargos infringentes eram cabíveis, apenas, do julgamento, por maioria de votos, da apelação, ou seja, eram adequados contra acórdãos, não unânimes, que reapreciavam a *sentença de mérito*. Isso porque não cabiam os embargos contra acórdão proferido no julgamento de agravo de petição.

Então, cabiam embargos infringentes, de acordo com a previsão do CPC/39, de decisão não unânime que julgasse a apelação (recurso contra a sentença de mérito), a ação rescisória e o mandado de segurança.

Soa intuitivo que a finalidade de tais embargos infringentes era a de dar ensejo a um novo julgamento, para que prevalecesse a conclusão do voto vencido.

A alteração legislativa de 1946 não apanhou o art. 839 do CPC/39, de forma que foram mantidos, até o advento do CPC/73, os *embargos de nulidade e infringentes do julgado* contra sentença de primeira instância, proferida em causas de até 2 (dois) contos de réis.

3. AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO CPC/73

Já se viu que os antigos *embargos de nulidade e infringentes do julgado* eram cabíveis, na sistemática do CPC/39, de decisão não unânime, proferida em apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança.

Sobrevindo o Código de Processo Civil de 1973, manteve-se a previsão dos embargos infringentes, subtraindo de sua nomenclatura a referência ao termo *nulidade*, de forma que não são mais chamados de embargos de nulidade e

infringen- tes do julgado, passando a ostentar a denominação única de *embargos infringentes*.

De igual modo, com a superveniência do CPC/73, suprimiu-se a previsão de cabimento de embargos infringentes de decisão não unânime proferida em mandado de segurança. Tal circunstância, aliada a outros motivos, fez com que se entendesse não ser possível o cabimento de embargos infringentes no processo de mandado de segurança (Súmula do STJ, n. 169),⁷ ainda que se trate de julgamento, não unânime, de apelação (Súmula do STF, n. 597).⁸ Havia quem divergisse desta orientação. No entanto, o posicionamento jurisprudencial acabou consagrado no art. 25 da Lei n. 12.016/2009, que veda expressamente os embargos infringentes em mandado de segurança⁹.

O atual CPC, em sua redação originária, previa o cabimento dos embargos infringentes em seu art. 530, sendo recomendável transcrever o teor do dispositivo:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento proferido em apelação e ação rescisória. Se o ~~desacôrdo~~ for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da ~~divergência~~”.

Diferentemente do que sucedia no CPC/39, a apelação cabe, no CPC/73, contra qualquer sentença, tenha ou não tenha sido apreciado o mérito da causa (CPC, art. 513). Desse modo, não é relevante, para a versão originária do atual diploma processual, a circunstância de ter havido extinção do processo com ou sem julgamento do mérito. Em ambos os casos, há uma sentença, a ser impugnada por apelação. Sendo julgada tal apelação por maioria de votos, caberiam os embargos infringentes, na redação originária do já citado art. 530.

Os embargos infringentes, na sistemática originária do atual CPC, cabiam de julgamentos não-unânicos proferidos em apelação ou ação rescisória, porquanto tais situações são tidas como de relevância sobranceira para o sistema.

De acordo com a regra antiga, em vigor antes da modificação levada a cabo pela Lei nº 10.352/2001, para fins de cabimento dos embargos infringentes, pouco importava o conteúdo do acórdão embargado. Desde que fosse proferido por maioria de votos, era irrelevante que tivesse anulado, reformado ou mantido a sentença: cabíveis seriam os embargos infringentes.

7. N. 169: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”.

8. N. 597: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 526; conclusão XLIII do Simpósio de Curitiba (1975): “Cabem embargos infringentes do acórdão, não unânime, que julga apelação em processo de mandado de segurança.”

Com o advento da Lei nº 10.352/2001, restaram modificadas as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, em razão de alteração do texto do art. 530 do CPC, que agora tem a seguinte redação:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Dai se percebe que o cabimento dos embargos infringentes ficou ainda mais restrito.

Pelo que se infere da nova redação conferida ao art. 530 do CPC, *não* são mais cabíveis os embargos infringentes, mesmo que o julgamento não tenha sido unânime, contra acórdão que: a) não conhecer da apelação; b) conhecer da apelação para *anular* a sentença; c) conhecer da apelação para *manter* a sentença; d) apreciar sentença *terminativa*, seja para mantê-la ou reformá-la.

Quanto à ação rescisória, *não* serão mais cabíveis os embargos infringentes quando o acórdão não unânime: a) não admitir a ação rescisória ou b) julgar improcedente o pedido nela formulado, confirmando o pronunciamento judicial rescindendo.

Realmente, tanto no julgamento da ação rescisória como no julgamento da apelação, o acórdão deve, por primeiro, não ser unânime, para que caibam os embargos infringentes. Em qualquer caso, deve ser conhecida a apelação ou admitida a rescisória. Fora dessas hipóteses, não serão cabíveis os embargos infringentes.

O acórdão, proferido por maioria de votos, que *anular* a sentença deverá reconhecer um *error in procedendo*, ou seja, um vício no procedimento ou um equívoco na aplicação de regras procedimentais pelo juízo de primeira instância. Enfim, a *anulação* de qualquer sentença, seja terminativa ou definitiva, fará com que os autos sejam devolvidos ao juízo de primeira instância para que profira outro ato sentencial. Nesse caso, inadmissíveis os embargos infringentes, mesmo que o acórdão não seja unânime, pouco importando se a sentença tenha sido terminativa ou definitiva. Uma vez *anulada*, não se possibilitará o manejo dos embargos¹⁰.

10. Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier averbam que “a lei não se referiu à decisão (acórdão) que *deu provimento* à apelação, mas usou a expressão *houver reformado* a sentença, com a nítida intenção, pensamos, de realmente restringir a hipótese de cabimento dos embargos infringentes” (*Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 132). Desse entendimento discorda Sérgio Shimura, defendendo que os embargos infringentes cabem tanto do acórdão que, por maioria de votos, *anular* ou *reformar* a sentença (“Embargos infringentes e seu novo perfil”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 503). Flávio Cheim Jorge também

Sendo a sentença *mantida*, qualquer que seja o seu conteúdo, não vindo a pêlo verificar se extinguiu o processo com ou sem julgamento do mérito, incabíveis serão os embargos infringentes. Em uma palavra, a *manutenção* de *qualquer* sentença inviabiliza a interposição dos embargos, ainda que o acórdão tenha sido tomado por maioria de votos.

A apreciação da apelação contra sentença *terminativa* também inviabiliza os embargos infringentes, tenha ou não tenha sido reformada a decisão por maioria de votos. Quanto à sentença *definitiva* – aquela que aprecia o mérito – sua *manutenção*, como se viu, não permite a interposição dos embargos infringentes.

A *manutenção* da situação anterior no julgamento da rescisória não autoriza, de igual modo, o uso dos embargos infringentes, de tal sorte que não admitida aquela ação autônoma de impugnação ou julgado improcedente o pedido formulado pela parte autora, ainda que por maioria de votos, não se poderão utilizar ditos embargos.

Os embargos continuam sendo cabíveis de acórdãos, proferidos por maioria de votos, que julguem a apelação ou a ação rescisória. A esses requisitos acrescentaram-se outros, relacionados com a *modificação* da situação anterior.

A Lei nº 10.352/2001, ao restringir o cabimento dos embargos infringentes em relação ao julgamento da apelação, fez ressurgir a regra contida no art. 833 do CPC/39.

Com efeito, aquele dispositivo do CPC/39 previa o então embargos de nulidade e infringentes do julgado, além de outras hipóteses, contra o acórdão não unânime que julgasse a *apelação*. Acontece que, àquela época, a apelação era o recurso cabível contra as sentenças de mérito. As sentenças terminativas eram impugnadas pelo agravo de petição, estando fora, portanto, do âmbito de abrangência dos embargos infringentes.

A modificação levada a cabo pela Lei nº 10.352/2001 restaura aquela regra, na medida em que os embargos infringentes passam a ser cabíveis, apenas, do julgamento, por maioria de votos, da apelação que julgar a *sentença de mérito*. Continua, no sistema atual, a ser irrelevante o conteúdo da sentença; apreciando ou não o mérito, o recurso é o mesmo, qual seja, a apelação. O conteúdo da sentença somente passa a ter importância para o cabimento dos embargos infringentes.

entende pelo cabimento quando a sentença é *anulada* por maioria de votos (*A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107-108).

Na nova regra, não basta que o acórdão tenha sido tomado por maioria de votos e que a sentença examinada tenha apreciado o mérito. Exige-se mais: tal sentença tem que ser *reformada*. Sua manutenção ou anulação não enseja o manejo dos embargos infringentes, tal como já acentuado linhas atrás.

Adotou-se o critério da *dupla conformidade* para inviabilizar os embargos infringentes. Expressado determinado entendimento, mantido que seja pelo tribunal, não se tolera a interposição de mais um recurso no âmbito interno do tribunal, que tenha como objetivo o re julgamento da causa. Esse, em verdade, é o motivo da alteração que restringiu os embargos infringentes, passando a ser cabíveis, apenas, quando *reformada* a sentença de mérito.

Finalmente, é preciso destacar que cabem embargos infringentes em falência (súmula do STJ, n. 88).

4. CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES APENAS DE ACÓRDÃO DE MÉRITO QUE JULGAR A APELAÇÃO

Cabem embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001, *quando a sentença de mérito for, no julgamento da apelação, reformada, por maioria de votos*. A dicção literal do dispositivo poderia gerar a impressão de que basta ser de mérito a sentença, vindo a ser reformada por maioria de votos.

Ao que tudo indica, o legislador reformista levou em conta a circunstância de que, extinto o processo sem julgamento do mérito, a parte pode renovar a demanda (CPC, art. 268), não havendo prejuízo com a eliminação, nesse caso, dos embargos infringentes¹¹. *A contrario sensu*, se houver produção de coisa julgada material, restará vedada a renovação da demanda, com maior prejuízo para parte. Nesse caso, deve-se permitir a interposição dos embargos infringentes. Ocorre, porém, que a coisa julgada material será produzida, não pela sentença, mas sim pelo acórdão que a reexaminar, em razão do efeito substitutivo (CPC, art. 512).

Para que caibam os embargos infringentes, a divergência deve relacionar-se com o *mérito*, e não simplesmente com matéria processual.

Na verdade, parece que seria mais apropriada a redação do dispositivo se, em vez de aludir a *sentença de mérito* reformada por maioria de votos, utilizasse a expressão: *quando a sentença for reformada por acórdão que apreciar o mérito por maioria de votos*. Isso porque não se atenderá ao espírito da reforma, se se

11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 139, p. 202.

considerar uma dicção literal do dispositivo¹². É que a *sentença de mérito* pode ser reformada por um *acórdão terminativo*, que extinga o processo sem julgamento do mérito, por haver, por exemplo, ilegitimidade de parte. Nesse caso, poderá ser renovada a demanda, não se permitindo a interposição dos embargos infringentes¹³.

No entanto, pode uma *sentença terminativa* ser reformada por um *acórdão de mérito* (CPC, art. 515, § 3º). No particular, se o julgamento, quanto ao mérito, se operar por maioria de votos, deve-se permitir a interposição dos embargos infringentes.

O novo art. 530 do CPC faz expressa menção à *sentença de mérito* que tenha sido *reformada*. Na hipótese ora aventada (CPC, art. 515, § 3º), o acórdão terá apreciado *sentença terminativa*, não sendo, em princípio, possível o uso dos embargos infringentes. Só que, após reformar a *sentença terminativa*, o tribunal prossegue no julgamento e decide, por maioria de votos, o *mérito* da demanda.

Houve, enfim, juízo de mérito não unânime, vindo o acórdão a substituir a *sentença proferida* pelo juízo de primeira instância (CPC, art. 512). Cabíveis, então, os embargos infringentes, quando o tribunal reformar a *sentença terminativa* para, com esteio no § 3º do art. 515 do CPC, já apreciar, por maioria de votos, o mérito da demanda.

Realmente, cumpre atentar para a *mens legis*: ao restringir o cabimento dos embargos infringentes, o novel diploma legal busca a existência de *uma confirmação* do julgado. Ora, se o juiz decidiu, quanto ao mérito, num sentido e o tribunal, por maioria, em sentido diverso, admitem-se os embargos infringentes para que haja a *confirmação* de um dos dois entendimentos.

No caso ora aventado, o espírito da norma estará sendo atendido, exatamente porque o acórdão do tribunal que, afastando a extinção prematura do feito, prosseguir no exame da lide, constituirá a *primeira decisão de mérito*. E, vindo a ser proferida por maioria de votos, há um dissenso acerca do tema, devendo, em nome da segurança jurídica, haver, pelo menos, *uma confirmação* no âmbito da jurisdição ordinária.

Se uma *sentença de mérito* for reformada por um acórdão não unânime de mérito, não há dúvida de que cabem os embargos infringentes. Surge a dificuldade

12. OUTTONE, Vanessa de Maria. “A nova sistemática dos embargos infringentes”. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coords.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 310-311.

13. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 526.

nos exemplos acima aventados. Na realidade, *parece que deve ser de mérito não a sentença, mas o acórdão que a reforma por maioria de votos.*

Enfim, para que caibam os embargos infringentes, é preciso que o acórdão, proferido por maioria de votos, seja de mérito¹⁴.

5. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória desencadeia o exercício de 3 (três) juízos, a saber: a) o de admissibilidade; b) o rescindente e c) o rescisório. Pelo primeiro exame, o tribunal irá verificar se realmente é cabível a ação rescisória, perquirindo quanto à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como se houve sentença de mérito transitada em julgado e se a parte autora alegou uma das hipóteses encartadas em um dos incisos do art. 485 do CPC. No juízo rescindente,

14. “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REFORMA SENTENÇA TERMINATIVA E ADENTRA O JULGAMENTO DO MÉRITO. CABIMENTO.

– Nem sempre é meramente terminativo o acórdão que julga apelação contra sentença terminativa, eis que, nos termos do § 3º do art. 515, “nes casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

– Se apenas o Tribunal julga o mérito, não se aplica o critério de dupla sucumbência, segundo o qual a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida também na sentença.

– Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, e, especial o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação.

– Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na peça, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.

– A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

Recurso especial conhecido e provido.” (Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 832.370/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2.8.2007, publicado no DJ de 13.8.2007.)

AGRAVOREGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA QUE ACOLHEU A PRESCRIÇÃO. CAUSA QUE DETERMINA A EXTINÇÃO DO PROCESSO COM O JULGAMENTO DO MÉRITO. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS CONTRA APELAÇÃO QUE POR MAIORIA AFASTOU A PRESCRIÇÃO E JULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que, nos termos do artigo 515, parágrafo 3º, do CPC, versando a controvérsia sobre matéria exclusivamente de direito, não há nenhum óbice a que o Tribunal ad quem, em sede recursal, proceda à análise imediata do mérito da demanda, após o afastamento da causa de extinção do processo sem julgamento de mérito, hipótese que não guarda relação com os autos. 2. A jurisprudência desta Corte reconheceu o cabimento dos Embargos Infringentes na hipótese em que o Tribunal, no julgamento da apelação, afasta a extinção do processo e aplica a regra do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgando o mérito da causa, havendo divergência de votos. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 4ª T., AgRg no Ag n. 1.384.682/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 27.09.2011, publicado no DJe de 05.10.2011)

será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada. E, finalmente, no juízo rescisório, promove-se um novo julgamento da causa.

De acordo com a regra antiga, em vigor antes da modificação levada a cabo pela Lei nº 10.352/2001, para fins de cabimento dos embargos infringentes, pouco importava o conteúdo do acórdão embargado. Desde que fosse proferido por maioria de votos, era irrelevante que tivesse anulado, reformado ou mantido a sentença: cabíveis seriam os embargos infringentes. Era, igualmente, irrelevante que a ação rescisória tivesse sido acolhida ou rejeitada, ou, ainda, que tivesse sido apenas acolhido o *iudicium rescindens*, ou acolhidos tanto esse último como o *iudicium rescissorium*, seriam cabíveis os embargos infringentes, desde que o acórdão encerrasse comando majoritário, não unânime. Extinto o processo da ação rescisória por um dos motivos do art. 267 do CPC, seriam admissíveis os embargos infringentes, caso a decisão não fosse unânime.

Com a alteração levada a efeito pela Lei nº 10.352/2001, somente cabem embargos infringentes, se julgada procedente, por maioria de votos, a ação rescisória. É preciso, em outras palavras, que tenha havido a *desconstituição* da coisa julgada, com a *subsequente modificação* da situação anterior, alterando-se a *conclusão* a que chegara a sentença rescindenda.

Caso, então, a ação rescisória não seja admitida, ainda que por maioria de votos, não cabem mais os embargos infringentes. É que, nessa hipótese, não se alterou a situação anterior, não se desconstituindo a coisa julgada.

Julgado *improcedente* o pedido formulado na ação rescisória, ainda que não unânime o acórdão, também não cabem mais os embargos infringentes. Isso porque, nesse caso, não se terá, de igual modo, alterado a situação anterior, não tendo havido a desconstituição da coisa julgada.

O julgamento da ação rescisória somente rende ensejo aos embargos infringentes, caso haja a *modificação* da situação anterior, ou seja, caso a sentença transitada em julgado tenha sido anulada ou rescindida. No particular, deve-se recordar que o pedido formulado na ação rescisória pode dividir-se em 2 (duas) pretensões: a) juízo rescindente (*iudicium rescindens*) e b) juízo rescisório (*iudicium rescissorium*).

O tribunal, no julgamento da rescisória, deve apreciar as duas pretensões, rescindindo a sentença e re julgando a demanda. O juízo rescindente está sempre presente em todas as hipóteses enumeradas no art. 485 do CPC, enquanto, em alguns casos de que é exemplo hipótese do inciso IV (ofensa ao efeito negativo da coisa julgada), poderá ser dispensado o juízo rescisório: a sentença será rescindida, sendo prescindível o re julgamento da demanda.

Na última hipótese em que se apresenta apenas o juízo rescindente, se o julgamento der-se por maioria de votos, caberão os embargos infringentes.

Caso se configure hipótese em que haja tanto o *iudicium rescindens* como o *iudicium rescissorium*, serão admissíveis os embargos infringentes por divergência em qualquer desses capítulos¹⁵. Da mesma forma, se, afinal, houver a desconstituição da coisa julgada, será permitida a interposição dos embargos infringentes em razão da divergência que ocorrer no juízo de admissibilidade da ação rescisória. Perceba: não cabem embargos infringentes em ação rescisória se não houver a desconstituição da coisa julgada; mas, sendo rescindida a decisão, o recurso cabe por divergência em qualquer capítulo (admissibilidade, rescisão ou re julgamento).

Enfim, caberão os embargos infringentes, caso a decisão seja proferida por maioria de votos e tenha havido *modificação* da situação anterior, com a desconstituição da coisa julgada material que acobertava a sentença de mérito.

6. SITUAÇÕES POLÊMICAS

6.1. Reexame necessário

O entendimento majoritário¹⁶ registra que o reexame obrigatório previsto no art. 475 do CPC não ostenta natureza recursal, sendo, em verdade, condição para que a sentença proferida nos casos arrolados no referido dispositivo legal transite em julgado.

Na realidade, o reexame obrigatório contém a mesma forma e os mesmos trâmites processuais da apelação. Vale dizer que, “embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art. 475). É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado

-
15. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 528; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 512.
 16. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1996; GIANESINI, Rita. “A Fazenda Pública e o reexame necessário”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2001. *Contra*, admitindo a natureza recursal do reexame necessário: ASSIS, Araken de. “Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2001.

em simples revisão obrigatória – o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar”¹⁷.

O antigo TFR (Tribunal Federal de Recursos) admitia essa possibilidade, consagrando o seu entendimento no enunciado n. 77 da súmula da sua jurisprudência predominante: “Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (CPC, art. 475)”. No Simpósio de Direito Processual de Curitiba, em 1975, em que as primeiras conclusões sobre o à época recente CPC, adotou-se o mesmo posicionamento: “42. Cabem embargos infringentes do acórdão, não unânime, proferido nas causas sujeitas ao duplo grau de jurisdição”. Esse é o entendimento que se reputa mais correto.

O STJ entende diferente. Consolidou-se, na sua jurisprudência, a orientação segundo a qual não cabem embargos infringentes de acórdão que, por maioria de votos, dá provimento ao reexame necessário. Tal entendimento acarretou a edição do enunciado 390 da súmula de jurisprudência do STJ, assim redigida: “Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes”. Não parece adequado tal entendimento, mas é a orientação ministrada pela Corte Superior destinada a interpretar a legislação infraconstitucional federal brasileira. Significa, então, que o STJ não admite os embargos infringentes em reexame necessário, não obstante a boa lavra da tese em sentido contrário.

Embora se mantenha o posicionamento em favor do cabimento dos embargos infringentes nestes casos, não se pode ignorar esse importante julgamento.

6.2. Embargos de declaração

Cabem embargos infringentes contra acórdão que julgar embargos de declaração, desde que: a) os embargos declaratórios tenham sido interpostos contra

17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 527. No mesmo sentido: BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 257-260; BARROS, Ernio Bastos de. “Os embargos infringentes e o reexame necessário”. *Revista Forense*, n. 254, abril/junho. 1976. Admitindo os embargos, conquanto sob o fundamento de que o reexame necessário mantém sua natureza recursal: ASSIS, Araken de. “Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário”, p. 130-134. Também admite os embargos infringentes em reexame necessário Nelson Nery Júnior, que assim leciona: “Como a remessa necessária tem o procedimento do recurso de apelação, havendo divergência no tribunal quanto a esse reexame, admite-se a interposição dos embargos infringentes” (*Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3 ed, cit., p. 371). No mesmo sentido, com interessante argumento (mudança de redação do art. 530 do CPC, que agora autoriza embargos infringentes contra acórdão em grau de apelação – antes a redação falava em acórdão de apelação), JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

acórdão proferido em apelação ou ação rescisória; b) os demais pressupostos de cabimento, previstos no art. 530 do CPC, sejam preenchidos¹⁸.

Explica a questão Bernardo Pimentel Souza: “como o aresto proferido no recurso de declaração integra o acórdão embargado, é possível concluir pela existência de julgamento *indiviso* da apelação e da ação rescisória, justificando o cabimento dos embargos infringentes”¹⁹.

Não caberão embargos infringentes contra acórdão de embargos de declaração, se esses não forem conhecidos ou se a questão objeto da divergência tiver surgido apenas no julgamento dos embargos de declaração, como é o caso da aplicação da multa do parágrafo único do art. 538 do CPC²⁰.

“O entendimento deste Superior Tribunal é no sentido de que são cabíveis embargos infringentes de acórdão não unânime, prolatado em sede de embargos de declaração, uma vez que tais embargos constituem uma complementação do acórdão de apelação, incorporando-se a esse, mas é necessário que a discordância esteja caracterizada na ocorrência da omissão, contradição ou obscuridade. No caso, a divergência ocorreu quanto à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, questão estranha ao julgamento da apelação. Logo não há margem para os embargos infringentes. Precedentes citados: REsp 172.162-DF, DJ 28/9/1998, e AgRg no Ag 147.201-MG, DJ 16/3/1998”. (REsp 465.763-BA, Rel. Min. José Delgado, j. em 27.5.2003, publicado no Informativo n. 174, 26-30 de maio de 2003).

6.3. Julgamento de agravo

Não obstante a inexistência de previsão legislativa expressa nesse sentido, cabem, ainda, *embargos infringentes* quanto à parte do acórdão que, por maioria de votos, decidir o *agravo retido*, desde que este trate de matéria relacionada com o mérito da demanda. A propósito, eis o teor do enunciado n. 255 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: “Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

Com a alteração levada a efeito pela Lei n. 10.352/2001, os embargos infringentes passaram a ser admitidos, apenas, do julgamento da apelação que, por maioria de votos, *reforma* a sentença de *mérito*. Ao que parece, resta mantido o entendimento incrustado no verbete mencionado da súmula do STJ, com as adaptações decorrentes da modificação legislativa. Efetivamente, caso o agravo retido seja julgado, por maioria de votos, para, uma vez *provido*, *modificar* matéria

18. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 515. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 528-529.

19. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 515.

20. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 516.

de *mérito*, não há razão para não se permitirem os embargos infringentes. Resta, portanto, mantida a orientação sumulada, *desde que* o agravo retido trate de matéria de *mérito* e venha a ser *provido*, por julgamento não unânime, para *alterar* a decisão agravada.

A modificação legislativa, ao restringir o cabimento dos embargos infringentes, põe fim ao entendimento de que seriam cabíveis ditos embargos contra acórdão não unânime que decidisse o *agravo de instrumento*, quando pudesse trazer como resultado a extinção do processo. Apenas as matérias de *mérito*, que venham a ser modificadas, é que poderão ser tratadas nos embargos infringentes, a partir do início de vigência da Lei nº 10.352/2001.

A hipótese que era aventada tanto pela doutrina como pela jurisprudência relacionava-se com a possibilidade de o tribunal, ao apreciar o agravo de instrumento, extinguir o processo sem julgamento do mérito. O acórdão que viesse a ser lavrado por maioria de votos desafiaria, nesse caso, a interposição dos embargos infringentes, eis que, ao substituir a decisão agravada, estaria sendo tomado como sentença proferida pelo tribunal (CPC, art. 512)²¹.

Com a admissibilidade dos embargos infringentes apenas contra acórdão não unânime que reformar sentença de mérito, é curial sua *inadmissibilidade* quando o acórdão acolher agravo de instrumento para extinguir o processo sem julgamento do mérito. Isso porque o acórdão não versará sobre matéria relacionada com o mérito, afastando a nova hipótese de cabimento dos embargos infringentes. Se o acórdão não-unânime em julgamento de agravo de instrumento implicar, porém, decisão de mérito, contra ele serão cabíveis embargos infringentes. Neste sentido, STJ, Corte Especial, EREsp n. 276107/GO, rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, j. em 04.06.2003, publicado no DJ de 25.08.2003, p. 254; 5ª T., AgRg no Ag 462809/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 04.08.2005, publicado no DJ de 24.10.2005, p. 366: “I. São cabíveis embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em agravo de instrumento, quando for decidida a matéria de mérito.

Não é ocioso aduzir que vinha sendo admitida a interposição de embargos infringentes de decisão não unânime proferida em agravo regimental ou agravo interno, quando este fosse interposto, por exemplo, contra decisão do relator

21. Sobre o assunto consulte-se: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Falta de pressuposto processual ou de condição da ação – declaração *ex officio* em agravo de instrumento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 944-956.

que não admitisse a apelação²². A modificação do art. 530 do CPC pela Lei nº 10.352/2001 não permite a manutenção do entendimento, exatamente porque, já se viu, não serão mais cabíveis os embargos infringentes contra acórdão que não conhecer ou não admitir a apelação, ainda que tomado por maioria de votos.

Há, contudo, uma situação particular que, ao que parece, dará azo à interposição dos embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em agravo regimental ou agravo interno.

Como se sabe, é possível ao relator dar provimento a qualquer recurso, quando a decisão recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1º-A). No particular, poderá o relator dar provimento à apelação, *reformatando*, em decisão singular, a sentença de *mérito* que esteja em manifesto conflito com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior. Em tal situação, a parte contrária poderá interpor o *agravo interno* previsto no § 1º daquele mesmo art. 557 do CPC, daí se seguindo a decisão colegiada da turma ou câmara. Caso esse acórdão venha a ser tomado por maioria para manter a decisão do relator no sentido de *reformar* a sentença de *mérito*, serão cabíveis os embargos infringentes. Perceba que o julgamento deste agravo interno é, na verdade, o julgamento da própria apelação, pois, ou a turma mantém a decisão do relator, e portanto julga a apelação no sentido por ele sugerido, ou a reforma, decidindo a apelação em outro sentido.

O raciocínio, aqui, é semelhante ao que foi feito pelo STJ, para admitir o cabimento de embargos de divergência contra decisão que julgar agravo interno. Os embargos de divergência cabem contra acórdão que julgar recurso especial ou recurso extraordinário. Quando o relator de um desses recursos julgá-lo sozinho, caberá agravo interno, contra cuja decisão, preenchidos os demais pressupostos de cabimento, caberão embargos de divergência. Eis o teor do enunciado n. 316 da súmula da jurisprudência do STJ: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

Sabe-se que contra decisão interlocutória cabe agravo, que pode ser retido ou de instrumento. Se o agravo de instrumento for julgado por maioria de votos, não cabem embargos infringentes. Caso, entretanto, o julgamento do agravo de instrumento não seja unânime e se examine o mérito, com alteração da decisão recorrida, serão cabíveis os embargos infringentes.

Segundo entendimento firmado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “I - É o conteúdo da matéria decidida que define o cabimento dos

22. Acórdão unânime da 2.ª Turma do STJ, REsp 8.670/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15.04.1991, DJ de 13.05.1991, p. 6.079.

embargos infringentes, e não o nome atribuído ao recurso pela lei; II - Embora o art. 530 do Código de Processo Civil se refira exclusivamente aos acórdãos proferidos em apelação ou em ação rescisória, mormente após a reforma do Código de Processo Civil ocorrida com o advento da Lei n. 10.352/2001, admite-se a interpretação extensiva do referido dispositivo legal, para abranger também as hipóteses de acórdão proferido em agravo de instrumento em que é decidido o mérito da demanda;”²³.

Realmente, “[a] jurisprudência deste Superior Tribunal é uniforme no sentido de que são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, ao julgar agravo de instrumento, enfrenta o mérito da demanda, a exemplo de recente julgado da Corte Especial: REsp 163.239/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Rel. para acórdão Min. Paulo Gallotti, DJe 05.03.09.”²⁴ Enfim, “[a] Corte Especial do STJ estabeleceu o cabimento da interposição de embargos infringentes em acórdãos proferidos no julgamento de agravo de instrumento, inclusive nas hipóteses de julgamento que rejeita exceção de pré-executividade, contanto que tais acórdãos tenham decidido o mérito da controvérsia (REsp nº 276.107/GO).”²⁵

Nesse mesmo sentido, entende o STJ que “[a] decisão que encerra o processo de liquidação é sentença de mérito. Sendo assim, caso seja reformada, por maioria, em apelação, é cabível a interposição de embargos infringentes, mesmo sob a égide da atual redação do artigo 530 do Código de Processo Civil.”²⁶

Há, de fato, vários casos em que o tribunal, no agravo de instrumento, examina o mérito da causa. Imagine-se, por exemplo, que o juiz concede a tutela antecipada com base no § 6º do art. 273 do CPC e o tribunal, no agravo de instrumento, reforma a decisão por maioria de votos. Suponha-se, ainda, que o tribunal, no agravo de instrumento, reconhece, por maioria de votos, a decadência do direito ou a prescrição da pretensão. Vislumbre, finalmente, o julgamento de agravo de instrumento, por maioria de votos, contra a decisão que julgou a liquidação da sentença (CPC, art. 475-H), a qual se constitui, inegavelmente, de uma decisão de mérito.

Em todos esses casos, embora o tribunal tenha julgado um agravo de instrumento, o mérito foi examinado, sendo cabíveis os embargos infringentes, desde que o acórdão não seja unânime e haja modificação da decisão agravada.

23. STJ, 3ª T., REsp 818.497/MG, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. 9/3/2010, DJe 6/5/2010.

24. STJ, 2ª T., REsp 1.188.809/DF, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 17/6/2010, DJe 29/6/2010.

25. STJ, 3ª T., REsp 736.966/PR, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 14/4/2009, DJe 6/5/2009.

26. STJ, 3ª T., REsp 767.768/SC, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 18/8/2005, DJ 12/9/2005, p. 331.

6.4. Voto-médio

É possível ocorrer divergência entre todos os votantes, de forma que nenhum dos entendimentos seja majoritário. Diante da dispersão total dos votos, a conclusão do acórdão deve ser tirada à luz do *voto médio* ou da *média dos votos*. A utilização do voto médio para fixar resultado do julgamento revela a existência de divergência entre os votos proferidos, autorizando a interposição de embargos infringentes, que ficam adstritos aos limites do dissenso²⁷.

“Quando, na votação de questão global indecomponível, ou de questões ou parcelas distintas, se formarem duas opiniões, sem que nenhuma alcance a maioria exigida, prevalecerá a média dos votos ou o voto médio”. (art. 79 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais).²⁸

O voto médio pode ser a média dos votos proferidos. É o que acontece quando os votos são, por exemplo, no sentido de determinar a condenação do réu ao pagamento de 30, 40 e 50 reais; aqui, o voto médio é 40, que também corresponde à média dos votos.

Mas o voto médio pode não corresponder à média dos votos, como no caso de um julgamento do STJ, em que cinco ministros votaram, não se tendo chegado à maioria (1.500, 500, 500, 750 e 100); nesse julgamento, entendeu-se que o voto médio corresponde ao que condenou em 500, solução adotada por dois ministros, que deveria prevalecer sobre os demais, todos isolados. Afirmou-se que, a prevalecer a média aritmética, o resultado seria 670, que não corresponde a qualquer dos votos proferidos, todos os votos seriam considerados “derrotados”, solução que seria arrematado contrasenso (Edcl em Resp n. 219.064/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., publicado no DJ de 11.06.2001).

“Adotada a solução intermediária, ante a impossibilidade de conciliação, o acórdão é embargável assim pelo autor, como pelo réu. (...) a utilização mesma do critério especial de apuração do resultado é a melhor prova de que subsistiu, até o fim, o dissídio”²⁹.

Apenas para não deixar dúvida, no caso de embargos infringentes contra acórdão tomado pelo voto médio, também devem ser respeitados os pressupostos gerais de cabimento desse recurso, previstos no *caput* do art. 530 do CPC, já estudados.

27. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 512-514. O autor cita os seguintes julgados: STF, 1ª T., RE n. 58.355/GB, rel. Min. Evandro Lins e Silva, com declaração de voto vencedor do Min. Pedro Chaves DJ de 04.08.1965; STF, 1ª T., RE n. 56.956/GB, rel. Min. Evandro Lins e Silva, com declaração de voto vencedor do Min. Pedro Chaves DJ de 09.06.1965; STJ, 2ª T., Resp n. 39.100/BA, rel. Min. Peçanha Martins, Dj de 08.05.1995.

28. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 512.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 531.

6.5. Parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios

Questiona-se se, quando o acórdão não unânime de apelação modificar a sentença apenas na parte concernente aos honorários advocatícios, caberiam os embargos infringentes. Em outras palavras, é possível interpor embargos infringentes contra a parte do acórdão que, por maioria de votos, altera a fixação dos honorários do advogado?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é controversa a respeito do assunto.

A 2ª Turma do STJ entendeu serem cabíveis os embargos infringentes nessa hipótese³⁰. Por sua vez, a Corte Especial do STJ entendeu não serem cabíveis os embargos infringentes no tocante à verba honorária, por se tratar de matéria acessória, e não principal³¹.

Em um aparente interminável vaivém jurisprudencial, a mesma Corte Especial do STJ aceitou, por maioria, em 2012, os embargos infringentes para discussão do capítulo relativo aos honorários advocatícios (REsp n. 1.113.175, rel. Min. Castro Meira, j. em 24.05.2012)³². Espera-se que a solução seja definitiva, pois o caso foi

30. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 904.840/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 19/4/2007, DJ de 7/5/2007, p. 310.

31. Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, AgRg nos EREsp 825.166/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 9/11/2006, DJ de 11/12/2006, p. 300.

32. "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530 DO CPC. DISCUSSÃO SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.

2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes.

3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIOVENDA.

4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

5. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: 'Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte'. Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.

julgado pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C, CPC).

Em julgamento de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC, a Corte Especial do STJ definiu, de vez, o entendimento, ao afirmar que cabem, sim, os embargos infringentes quanto à parte do julgado que trata dos honorários de advogado, ainda que a sentença não seja de mérito.

Sinceramente, não vemos razão para tamanha polêmica.

Já se viu que somente cabem embargos infringentes, se o acórdão não unânime tiver versado sobre o mérito.

Qualquer que seja a concepção de mérito que se adote – e há inúmeras –, o pedido compõe o mérito da causa.

A condenação ao pagamento de honorários advocatícios decorre de pedido implícito – pedido, pois. É capítulo decisório de mérito do acórdão, ainda que se trate de capítulo dependente do capítulo principal³³. Bem por isso, interposto recurso contra a sentença, a parte relativa aos honorários, ainda que não expressamente impugnada, integra o efeito devolutivo da apelação. Modificada a sentença, altera-se, igualmente, a condenação em honorários de advogado; ainda que o acórdão seja omisso quanto à verba honorária, a inversão é tida como automática e manifesta³⁴.

7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes – apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos –, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência.

8. A ausência de interposição dos embargos infringentes na origem sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que não será conhecido por preclusão e falta de exaurimento de instância.

9. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008. (Corte Especial, REsp n. 1.113.175/DF, rel. Min. Castro Meira, j. em 24.5.2012, publicado no DJe de 7.8.2012).

33. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 15, p. 46.

34. “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO DO JULGADO QUE INVERTEU DISPOSITIVO DA SENTENÇA. CONDENÇÃO IMPLÍCITA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. A inversão dos ônus de sucumbência no caso de provimento integral da apelação é medida que se impõe, ainda que omissa a decisão colegiada e não tenha a parte interessada oposto os devidos embargos declaratórios para o fim de sanar a omissão. 2. Não há que se falar em afronta ao princípio da coisa julgada, porquanto a sentença contemplou os honorários e o acórdão, apenas, omitiu-se quanto à inversão. Deveras, consoante doutrina pacífica, os honorários compõem pedido implícito, passível de ser contemplado, ainda que não formulado, posto decorrer da sucumbência. Em consequência é lícito, em fase de execução, requerer a parte interessada a imputação ao vencido dos ônus sucumbenciais, se estes resultam da simples inversão, ainda que implícita, dos encargos sucumbenciais. Precedentes jurisprudenciais. 3. Atribuído a causa valor irrisório, os honorários advocatícios devem ser fixados com apoio no art. 20, § 4º, do CPC, que prevê a possibilidade de se ultrapassar o montante da causa, arbitrando-se a verba honorária em função dos trabalhos desenvolvidos pelo advogado da parte vencida,

É digno de registro o precedente do STJ, resultante do julgamento do REsp n. 207.177/RO, segundo o qual não há inversão automática da sucumbência, quando o acórdão reforma a sentença de procedência para extinguir o processo sem resolução do mérito. Nesse caso, segundo esse precedente, deveria haver a expressa condenação, no acórdão, a honorários advocatícios. Não havendo, não se pode entender que houve tal condenação, sob pena de ofensa à coisa julgada material³⁵.

Não há dúvidas, ainda, que a parte do julgado que trata dos honorários de sucumbência constitui um capítulo de mérito, ainda que conste de uma sentença terminativa. Neste último caso, haverá capítulos heterogêneos: um processual, que se refere à extinção terminativa do processo e o outro de mérito, relativo aos honorários do advogado. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o “... capítulo referente ao custo financeiro do processo, que deve estar presente em toda sentença e guarda, com os capítulos extintivos, relação de heterogeneidade (porque a decisão sobre o custo do processo é de mérito – mérito secundário, acessório, mas mérito)”³⁶. E, mais adiante, assim reforça seu entendimento, ao afirmar que “se alguma preliminar fosse acolhida não haveria capítulo algum de mérito – a não ser o relativo aos encargos da sucumbência”³⁷.

Tudo isso está a demonstrar, portanto, que cabem embargos infringentes contra a parte do acórdão que, por maioria de votos, altera a fixação dos honorários do advogado. Não se questiona que o capítulo do acórdão que versa sobre embargos infringentes seja ou não acessório. É, não restam dúvidas, acessório. Embora seja acessório, trata-se de um capítulo de mérito. E, sendo de mérito, cabem embargos

observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, AgRg no Ag n. 479.969/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 2/12/2003, publicado no *DJ* de 19.12.2003, p. 330).

35. “PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO. ACOLHIMENTO. PRELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO. PROCESSO. SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. OMISSÃO. EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 – A inversão automática dos ônus da sucumbência, na hipótese de o Tribunal sobre o assunto não se manifestar, somente pode ocorrer se for decidido o mérito da contenda, pois, nesse caso, o colegiado estará acolhendo ou rejeitando o pedido inicial, decorrendo, disso, as despesas processuais e os honorários advocatícios. 2 – Se, como na espécie vertente, o Tribunal, acolhendo preliminar da apelação, resolve decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, em face da inépcia da inicial, desconstituída está a relação jurídica processual e, por conseguinte, todos os atos que lhe eram afetos, inclusive e primordialmente, a sentença que julgara procedente o pedido e fixara os ônus da sucumbência, não havendo lugar para inversão de nada e, muitos menos, das despesas processuais e dos honorários. 3 – Não mais existente a sentença, tampouco a sucumbência nela fixada e omissão do acórdão sobre aquela verba, com trânsito em julgado, descabe intentar execução, ante a absoluta falta de título executivo. 4 – Recurso especial conhecido em parte (letra “a”), mas improvido.” (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 207.177/RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16/9/2004, *DJ* de 11/10/2004, p. 328).

36. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 19, p. 52.

37. *Capítulos de sentença*, cit., n. 35, p. 80.

infringentes, independentemente de constituir um trecho principal ou acessório do julgado; o que importa é que é de mérito.

7. OS EFEITOS DOS EMBARGOS INFRINGENTES

A exemplo dos demais recursos, os embargos infringentes têm efeito devolutivo, transferindo para outro órgão julgador (ou renovando para o mesmo órgão julgador, a depender da competência para julgá-los, estabelecida no regimento interno) o reexame da matéria. O efeito devolutivo dos embargos infringentes restringe-se, contudo, ao objeto da divergência. Se a divergência for total, será reexaminado todo o julgamento em razão da interposição dos embargos infringentes. Caso, todavia, a divergência seja parcial, os embargos se restringem ao objeto da divergência, possibilitando o reexame apenas dessa matéria que foi alvo de dissidência no julgamento originário.

O efeito devolutivo dos embargos infringentes também tem a sua dimensão vertical (*efeito translativo*), o que permite ao órgão julgador que, conhecendo o recurso, reexamine as questões de ordem pública e as demais questões suscitadas e discutidas relacionadas ao capítulo impugnado, já que terá de rejulgar a causa.

É interessante mencionar os exemplos criados por Barbosa Moreira para explicar a devolutividade dos embargos infringentes:

“Assim, *v.g.*, se ele pedir a 100, e o acórdão embargado lhe dera 80, mas houve voto divergente, a acolher o pedido *in totum*, são cabíveis os embargos interpostos para pleitear os 20 restantes, e o órgão a que toque julgá-los é livre de negar-lhes provimento, confirmando o acórdão embargado, dar-lhes provimento total, concedendo tanto quanto o voto vencido (100), ou dar-lhes provimento parcial, concedendo menos que o voto vencido, porém mais que o acórdão embargado (90, por exemplo). (...)”

Suponhamos que o autor houvesse pedido 100, e no juízo de apelação obtivesse 80, com voto vencido que lhe concedia 85. Neste caso, os embargos não poderiam visar senão ao acréscimo dos 5, que correspondem ao *plus* do voto vencido sobre o pronunciamento da maioria. Se o embargante pleiteia os 5, pode o órgão *ad quem* manter a condenação em 80, negando provimento aos embargos, elevá-la para 85, dando-lhes provimento total, ou fixá-la em *quantum* entre 80 e 85, provendo parcialmente o recurso. Acima de 85, nada mais é lícito ao embargante pedir, nem ao tribunal conceder”³⁸.

Os embargos infringentes estão providos de efeito suspensivo, quando interpostos contra acórdão que julgar a ação rescisória. De resto, os embargos infringentes têm os mesmos efeitos da apelação que os originou. Logo, se a apelação fora recebida no efeito suspensivo, os embargos infringentes desfrutarão, de igual

38. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 533-534.

modo, do efeito suspensivo. Caso, porém, a apelação não tenha efeito suspensivo, os embargos infringentes serão recebidos apenas no efeito devolutivo³⁹.

8. OS EMBARGOS INFRINGENTES E A AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Se, num julgamento tomado por maioria de votos, não constar o teor do voto vencido, a parte tem o direito de a ele ter acesso, a fim de verificar qual a extensão da divergência e, então, poder interpor seus embargos infringentes.

A ausência de voto vencido nos autos caracteriza *omissão*. Nesse caso, *cabem embargos declaratórios para suprir tal omissão, almejando-se conhecer os fundamentos do voto vencido*. No particular, merece registro o entendimento jurisprudencial:

“É direito da parte conhecer os fundamentos de voto vencido, emitido na assentada de julgamento. Embargos recebidos, para que se insira nos autos a íntegra do voto faltante”⁴⁰.

“Se um dos juízes faz referência a voto proferido em outra questão, procedem embargos de declaração para que ele seja anexado aos autos, a fim de que a parte tome conhecimento de seus fundamentos e possa recorrer”⁴¹.

Assim, se for caso de cabimento de embargos infringentes, e não houver declaração de voto vencido, cumpre à parte opor embargos de declaração, com vistas a obter acesso ao teor do voto vencido. Caso, ainda assim, não se obtenha a declaração de voto vencido, deve-se entender que a divergência operada no julgamento foi *total*, cabendo os embargos infringentes. Em outras palavras, não impede a interposição dos embargos infringentes a ausência de declaração do voto vencido. Não se tendo acesso ao teor deste, deve-se interpor os embargos infringentes, considerando ser *total* a divergência⁴².

Realmente, “não serve de fundamento a afastar a necessidade de interposição dos embargos infringentes o fato de não constar dos autos a declaração de

39. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 293-295; PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001, p. 349-350.

40. Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 6.976-9-RS-EDcl, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.04.1994, DJ de 30.05.1994, p. 13.429.

41. Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 26.543-9-PR, rel. Min. Dias Trindade, j. 01.12.1992, DJ de 08.02.1993, p. 1.029; RT 620/167.

42. Assim, com inúmeras referências, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 547; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 534-535.

voto vencido. Não suprida a omissão em declaratórios e na impossibilidade de definir-se a extensão dos votos majoritários, os infringentes devem compreender a totalidade do decidido na apelação, por desacordo geral” (RSTJ 110/ 330).

9. AS RAZÕES DE DECIDIR NOS EMBARGOS INFRINGENTES (VINCULAÇÃO AOS ARGUMENTOS DO VOTO VENCIDO?)

Para que caibam embargos infringentes, deve haver divergência no julgamento da apelação ou da ação rescisória. Tal divergência é apurada pelas *conclusões* dos votos, e não por suas fundamentações. Não importa o fundamento utilizado para se chegar a cada uma das conclusões; o que é relevante, para a interposição dos embargos infringentes, é conclusão de cada voto.

Com efeito, “ao apreciar os embargos infringentes o órgão julgador não fica adstrito à motivação do voto ensejador do recurso” (RSTJ 46/343). Em outras palavras, “a amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos” (RSTJ 106/241).

Significa que se afigura possível a utilização de razões diversas daquelas expostas no voto vencido, no julgamento dos embargos infringentes⁴³.

Em suma, não fica o órgão julgador, ao julgar os embargos infringentes, adstrito a adotar os mesmos fundamentos enfrentados pelo voto vencido. Na verdade, o órgão julgador, ao apreciar os embargos infringentes, fica adstrito, apenas, às conclusões do voto vencido, independentemente de qual tenha sido o fundamento utilizado. Isso decorre da profundidade do efeito devolutivo dos embargos infringentes, que permite o rejuízo da causa (limitado àquilo que foi impugnado), o que implica reexaminar todos os fundamentos, e não apenas o exame das razões do voto vencido.

“Se havia, contudo, pluralidade de *causae petendi*, e o voto vencido só por uma delas acolhia o pedido, não é possível, nos embargos, julgá-lo procedente por qualquer das outras, em relação às quais ocorrerá unanimidade: não se confunda *causa petendi* com argumento ou razão de decidir!”⁴⁴

Na verdade, o que importa é o *resultado* do julgamento. Se todos os votos chegaram à mesma conclusão, mas por fundamentos diferentes, haverá unanimidade, e não julgamento por maioria, não cabendo embargos infringentes.

43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 535.

44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 535.

Nas ações coletivas, é possível, contudo, haver *embargos infringentes em julgamento unânime*. Com efeito, imagine-se que a apelação é provida para reformar a sentença de procedência, concluindo o tribunal pela improcedência do pedido formulado na ação coletiva. Imagine-se, ainda, que a improcedência, em dois votos, fundou-se na falta do direito e, no terceiro voto, na ausência de provas. O julgamento foi unânime: todos reformaram a sentença, concluindo pela improcedência do pedido. Só que o voto vencido fundou-se na ausência de provas.

Como se sabe, a coisa julgada, nas ações coletivas, é *secundum eventum probationis*, valendo dizer que não há coisa julgada se a improcedência estiver fundada na falta de provas. Diversamente, se o juízo de improcedência fundar-se na inexistência de direito, haverá coisa julgada material. Em outras palavras, a depender do *fundamento* utilizado, a improcedência irá acarretar ou não coisa julgada material.

Então, voltando ao exemplo aventado, a prevalecer o voto vencido, não haveria coisa julgada material, sendo possível a repropositura da demanda coletiva, desde que fundada em novas provas. Nesse caso, o autor poderá interpor embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, que lhe trará um melhor proveito, conferindo-lhe utilidade, a fazer transparecer o interesse recursal.⁴⁵

10. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Devem os embargos infringentes ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias. Interpostos que sejam, deve-se intimar, desde logo, a parte contrária para apresentação de suas contrarrazões no prazo 15 (quinze) dias. Decorrido o prazo de 15 (quinze) dias, com ou sem o oferecimento das contrarrazões, seguirão os autos conclusos ao relator⁴⁶ do acórdão embargado para exercer o

45. JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. (coords.). São Paulo: RT, 1999, p. 266-267; ZARIF, Cláudio. Particularidades relativamente ao sistema recursal estabelecido para as ações coletivas. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2001, v. 4, n. 4.3, p. 211-212.

46. Nem sempre o relator do acórdão embargado é efetivamente o relator da apelação ou da ação rescisória. Nos termos do art. 566 do CPC, se o relator tiver sido vencido, será designado para redigir o acórdão “o autor do primeiro voto vencedor”. Este será o “relator do acórdão embargado”. O mais correto seria o art. 53 I do CPC utilizar a expressão “redator do acórdão”, e não “relator do acórdão”. É, entretanto, comum esse termo. Veja-se, a propósito, a observação de José Carlos Barbosa Moreira: “Costuma-se aludir ao ‘relator do acórdão’ com referência ao membro do colegiado a quem se atribui a função de redigi-lo. O próprio Código usa a expressão, no art. 531. Tal modo de dizer, embora corrente, é impróprio: o juiz designado pelo presidente, na forma do art. 556, não *relata* o acórdão no mesmo sentido em que o relator *relata* a

juízo de admissibilidade do recurso (art. 531 do CPC). Note-se que é possível a interposição de embargos infringentes adesivos (art. 500, II, CPC), se houve sucumbência recíproca.

Desse modo, permite-se ao relator exercer o juízo de admissibilidade, quando já oportunizada a apresentação de contrarrazões pelo embargado, o qual poderá alertar ao relator a eventual ausência de requisito de admissibilidade recursal. Esse procedimento tem o objetivo de fornecer ao relator do acórdão embargado maiores elementos de convicção para o exercício do juízo de admissibilidade.

Não admitidos os embargos infringentes pelo relator, poderá o embargante interpor o agravo interno previsto no art. 532 do CPC.

Embora o juízo de admissibilidade somente seja exercido após a intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões, nada impede que o relator do acórdão recorrido já lhes negue seguimento, antes mesmo de determinar a intimação do embargado, quando manifesto o descabimento do recurso.

Em vez de negar-lhes seguimento, poderá o relator do acórdão embargado admiti-los, com a adoção do procedimento regimental.

Não poderá o relator dar ou negar provimento aos embargos infringentes, por decisão singular, caso o acórdão embargado esteja contrariando súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, *caput* e § 1º A). Em outras palavras, caso o voto vencido, cujas conclusões pretende-se que prevaleçam, perfilhar orientação dominante ou já sumulada de tribunal superior, ainda assim não poderão ser providos, imediatamente, os embargos infringentes por decisão isolada do próprio relator do acórdão embargado. Isso porque tal procedimento afigura-se incompatível com sua sistemática, não sendo razoável que o relator, em decisão singular, contrarie o entendimento manifestado por um órgão colegiado. O acórdão deverá ser revisto por outro órgão colegiado, a quem competirá sopesar as teses confrontadas, concluindo por adotar o entendimento que lhe pareça mais correto: o majoritário ou aquele manifestado pelo voto vencido. Esse, aliás, é o entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, em aresto que contém a seguinte ementa:

“Embargos infringentes. Relator. Decisão monocrática. CPC art. 557. Ao relator da apelação, impugnada por embargos infringentes, cabe apenas o exame dos requisitos

causa ou o recurso. Seria preferível, até para evitar confusões, que se falasse em ‘redator do acórdão’ - o que consonaria com o teor do art. 556, que emprega o verbo ‘redigir’. Trata-se, porém, de uso arraigado entre nós.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, n. 364, p. 681).

de admissibilidade desse recurso. Não lhe é dado negar seguimento aos embargos com fundamento em que improcedente ou por contrariar entendimento sumulado”.⁴⁷

Em suma: o relator somente pode, sozinho, decidir pela inadmissibilidade dos embargos infringentes, sem adentrar o juízo de mérito desse recurso.

Caso o relator do acórdão embargado adote a alternativa de admitir os embargos, estes serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal (art. 533 do CPC), sorteando-se, se for o caso (quem dirá é o regimento interno), novo relator, seguindo-se os autos conclusos ao revisor (CPC, art. 551) para, posteriormente, ser incluído em pauta de julgamento, culminando na decisão final que os apreciará.

O novo relator, se houver previsão regimental, poderá rever o juízo de admissibilidade, eis que se trata de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão, podendo, nesse momento, negar seguimento aos embargos infringentes. Entendendo admissível o recurso, determinará a remessa dos autos ao revisor, daí se seguindo a inclusão do feito em pauta de julgamento, com a reapreciação da causa. Esse novo relator, se houver e for possível, deve ser um “juiz que não haja participado do julgamento anterior” (art. 534 do CPC).

11. OS EMBARGOS INFRINGENTES E O PRAZO PARA OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL (O ART. 498 DO CPC)

Assim dispõe o art. 498 do CPC:

Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos.

Se o acórdão contiver mais de um capítulo, apenas o capítulo que foi decidido por maioria é que permite a interposição dos embargos infringentes.

Como se vê, proferido acórdão que contenha um capítulo decidido por maioria e um capítulo decidido por unanimidade, essa última não precisa ser desafiada imediatamente pela interposição de recursos especial e/ou extraordinário, sendo cabível apenas a interposição dos embargos infringentes. O prazo para a

47. Acórdão da 3.ª Turma do STJ, REsp 226.748/MA, rel. Min. Nilson Naves, rel. p/acórdão Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.06.2000, DJ de 11.09.2000, p. 250.

interposição daqueles recursos extremos fica sobrestado, somente começando a contar a partir da intimação do acórdão que julgarem os embargos infringentes.

Concentra-se, desse modo, para um único momento a oportunidade de interposição dos recursos extraordinário e especial, evitando o aforamento, em duplicidade, de tais apelos, primeiramente quando do acórdão que julgasse a apelação ou a ação rescisória e, num segundo instante, a partir do julgamento dos embargos infringentes. Além disso, extingue-se uma das exceções à regra da singularidade, reforçando-se a regra de que, para cada decisão, cabe, naquele momento, apenas um tipo de recurso.

A ausência de interposição dos embargos infringentes não prejudica a parte, eis que, pela nova regra encartada no parágrafo único do art. 498 do CPC, o prazo para a interposição dos recursos extraordinário e especial só tem início a partir do trânsito em julgado da parte majoritária do acórdão. Ora, tanto os embargos infringentes como os recursos extraordinário e especial devem ser interpostos no prazo de quinze dias, consoante estabelece o art. 508 do CPC.

Desse modo, não-interpostos os embargos infringentes, o prazo para o aforamento dos recursos extraordinário e especial tem início a partir do 16º (décimo sexto) dia, contado da intimação do acórdão que julgara a apelação ou a ação rescisória. Isso porque, dispõe o novo parágrafo único do art. 498 do CPC: “Quando não forem interpostos embargos infringentes, 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”.

O trânsito em julgado da decisão por maioria de votos opera-se no décimo sexto dia. Este, segundo o parágrafo único do art. 498 do CPC, é o *início* do prazo para os recursos especial e extraordinário contra a parte unânime da decisão. E, como se sabe, no cômputo dos prazos, exclui-se o dia do início, incluindo-se o do final. Então, como o décimo quinto dia é o dia do início, deve ele, na contagem, ser excluído, incluindo-se o último dia (CPC, art. 184). Logo, não interpostos embargos infringentes, a parte disporá de 30 (trinta) dias para a interposição de recursos especial e extraordinário, contados da intimação do acórdão que julgar a apelação ou a ação rescisória.

Nos casos em que o prazo deva ser contado em dobro para recorrer⁴⁸, será de trinta dias aquele equivalente para a interposição dos embargos infringentes,

48. O prazo será contado em dobro quando conferido à Fazenda Pública ou ao Ministério Público (CPC, art. 188), aos litisconsortes com procuradores diferentes (CPC, art. 191) e ao defensor público (Lei nº 1.060/1950, art. 5º, § 5º).

transitando em julgado no trigésimo dia. Assim, não havendo interposição de embargos infringentes, o prazo para os recursos extraordinário e especial (contra o capítulo unânime) começará a correr a partir do trigésimo primeiro dia, contado da intimação do acórdão que julgar a apelação ou a ação rescisória, terminando no sexagésimo dia a contar deste mesmo acórdão que julgar a apelação ou a ação rescisória.

Nada impede, contudo, que a parte já interponha seus recursos extraordinário ou especial, antes mesmo do trânsito em julgado da parte majoritária do acórdão, isto é, antes mesmo do início do prazo para interposição daqueles apelos extremos, desde que a parte que interpuser estes últimos seja a mesma que deveria aforar os embargos infringentes. É que “a parte pode renunciar ao prazo estabelecido *exclusivamente* em seu favor” (CPC, art. 186).

Com a nova redação do art. 498 do CPC, os enunciados n. 354 e 355 da súmula da jurisprudência dominante do STF perderam sentido, encontram-se, por isso, revogados⁴⁹.

Se, em desconformidade com o art. 498 do CPC, forem interpostos, simultaneamente, recurso especial ou extraordinário e embargos infringentes, aquele não será admitido, sendo considerado prematuro. Cabe à parte interpor embargos infringentes e, somente depois do julgamento destes, oferecer seu recurso especial e/ou extraordinário. A interposição do recurso excepcional juntamente com os infringentes acarreta a inadmissibilidade daquele⁵⁰.

49. n. 354: “Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação”; n. 355: “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.”

50. Esse entendimento é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se infere do teor dos seguintes precedentes:

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

Nos termos do art. 498 do CPC, com a redação conferida pela Lei n. 10.352/2001, é prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos infringentes, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária.

Subsistente o fundamento do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo.” (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, AgRg no Ag 641.118/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 22/2/2005, DJ de 21/3/2005, p. 400).

“Processual civil. Interposição simultânea de recurso especial e embargos infringentes. Art. 498 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001. Intempestividade do recurso especial. Exceção ao princípio da unirecorribilidade. Inexistência.

I – Após a vigência da Lei nº 10.352/2001, que alterou a redação do art. 498 do CPC, é intempestiva a interposição de recurso especial anterior à intimação do julgamento dos embargos infringentes.

II – A possibilidade de interposição simultânea de recurso especial e embargos infringentes não mais constitui exceção ao princípio da unirecorribilidade da legislação processual civil.

II – Agravo regimental desprovido.” (Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, AgRg no REsp 688.172/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 24/5/2005, DJ de 20/6/2005, p. 284).

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL – CONTRATO BANCÁRIO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – INTERPOSIÇÃO ANTES DA INTIMAÇÃO DOS EMBARGOS

Se, entretanto, a parte interpõe embargos infringentes, e estes são inadmissíveis, não se pode mais interpor o recurso especial ou o extraordinário, pois aí terá havido perda de prazo. É possível, todavia, que os inadmissíveis infringentes tenham sido interpostos pela parte contrária. Nesse caso, não se pode ter como intempestivos o recurso especial ou extraordinário. A propósito, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência do STJ considera que a apresentação de embargos infringentes incabíveis não interrompe o prazo para a apresentação do recurso especial. Contudo, se os embargos foram apresentados pelo réu, rejeitados por deserção, não se pode impor ao autor o ônus da negligência da parte contrária. É necessário, nessas situações, considerar tempestivo o recurso especial”⁵¹.

Há uma situação curiosa, não prevista expressamente pelo legislador, mas que também justifica a incidência do art. 498 do CPC, pela identidade de razão.

Imagine-se o caso de acórdão com dois capítulos, ambos não-unânicos, sendo que um deles é impugnável por recurso especial e o outro, por embargos infringentes.

Neste caso, impõe-se aplicar a regra do art. 498: primeiramente, opõem-se os embargos infringentes contra o capítulo não-unânime que pode ser por esse recurso impugnado; julgados os embargos infringentes, abre-se o prazo para a interposição de recurso especial e/ou extraordinário para o outro capítulo e de recurso especial e/ou extraordinário contra o capítulo que fora impugnado pelos infringentes. Se a parte não se valer inicialmente dos embargos infringentes, o prazo para a interposição de recurso contra o *outro capítulo* (só contra o outro, já que em relação ao primeiro capítulo houve trânsito em julgado em razão da não interposição dos infringentes) começa a correr do dia seguinte ao do trânsito em julgado do capítulo anterior.

INFRINGENTES – INTEMPESTIVIDADE – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 498, CPC – NOVO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO – INADMISSÃO PELO TRIBUNAL A *QUO* – IMPOSSIBILIDADE DE Apreciação POR ESTA CORTE – DESPROVIMENTO.

1 – Esta Corte já firmou o entendimento de que, nos termos do parágrafo único do art. 498 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01, sendo cabível a oposição de embargos infringentes, a contagem do prazo para a interposição do recurso especial inicia-se somente após a publicação do acórdão dos embargos.

2 – *In casu*, é intempestivo o recurso especial interposto antes da interposição dos cabíveis embargos infringentes, ou seja, antes do início da contagem do prazo recursal, quando ainda não esgotada a via ordinária. Precedentes.

3 – É impossível a apreciação do segundo recurso especial, interposto após a intimação dos embargos infringentes, tendo em vista a sua inadmissão pelo Tribunal a *quo*.

4 – Agravo regimental desprovido.” (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, AgRg no REsp 833.517/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 29/6/2006, DJ de 14/8/2006, p. 299).

51. STJ, 3ª T, REsp 1.091.958/PR, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 18/10/2011, DJe 3/11/2011.

CAPÍTULO VI

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1. Generalidades – 2. Recurso ordinário constitucional para o STF – 3. Recurso ordinário constitucional para o STJ; 3.1. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança; 3.2 Recurso ordinário constitucional em causas internacionais.

1. GENERALIDADES

Trata-se de recurso dirigido ao STF e ao STJ, exclusivamente nas hipóteses disciplinadas, respectivamente, nos arts. 102, II, e 105, II, da CF, reproduzidas no art. 539, I e II, do CPC.

O nome desse recurso é muito útil à sua compreensão.

Explica-se.

Normalmente, os tribunais superiores ficam vinculados à ideia de que a sua competência recursal é extraordinária – o que implica todas as conhecidas limitações desses recursos em relação à matéria de fato, ao prequestionamento, à admissibilidade etc. O recurso ordinário constitucional é, como o próprio nome diz, um recurso ordinário, só que dirigido ao STF/STJ, que exercerão competência recursal sem qualquer limitação em relação à matéria fática. Pelo recurso ordinário constitucional, admite-se, por exemplo, o reexame de prova. O recurso ordinário constitucional dispensa o prequestionamento¹. Os tribunais superiores, aqui, funcionam como segundo grau de jurisdição².

As hipóteses de cabimento desse recurso, como já se disse, estão previstas constitucionalmente. Eis, então, a razão de ser do seu nome: recurso ordinário constitucional.

2. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL PARA O STF

O recurso ordinário constitucional para o STF tem como objeto as decisões *denegatórias* proferidas em mandado de segurança, *habeas data* e mandado de

-
1. “Não se revela aplicável ao recurso ordinário a exigência do prequestionamento do tema constitucional que configura pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário”. (Ag 145.395/SP, AgRg 1ª T. STF, rel. Min. Celso de Mello, em 25.11.1994, p. 32.304).
 2. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 560.

injunção, em única instância, pelos tribunais superiores (art. 539, I, CPC), em hipóteses em que têm competência originária³.

Perceba que esse recurso tem cabimento *secundum eventum litis*: ele só pode ser utilizado se a decisão for denegatória, o que implica dizer que se trata de recurso criado para beneficiar o cidadão em face do Estado. Em outras palavras, é recurso privativo do impetrante. O réu nessas demandas, se derrotado, somente tem à sua disposição o recurso extraordinário para o STF, se acaso houver prequestionamento de matéria constitucional.

Se o acórdão contiver capítulos decisórios com resultados distintos (procedência e improcedência, p. ex.), contra o capítulo denegatório caberá recurso ordinário e contra o capítulo que concedeu caberá o recurso excepcional.

O mais importante no estudo deste recurso é entender o que significa “decisão denegatória”. Essa hipótese tem acepção ampla: compreende não só as “decisões que julgam improcedente o pedido”, mas também as “que extinguem o processo sem apreciação do mérito”⁴. Denegar, aqui, significa não acolher o pedido.

Além disso, é preciso que se trate de *decisão final*. Somente os acórdãos (o recurso ordinário só cabe contra acórdão) que ponham termo a mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção, denegando-os, é que dão azo a recurso ordinário; acórdãos que simplesmente neguem a liminar, confirmando, em julgamento de agravo regimental, a decisão denegatória do relator, somente podem ser impugnados por recurso especial, extraordinário e, claro, por embargos de declaração⁵. Assim tem entendido o Superior Tribunal de Justiça: RMS 2.408/DF, 1ª. T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 16.05.1994, p. 11.705; MC 199/DF, 2ª. T., rel. Min. Américo Luz, DJ de 16.10.1995, p. 34.632; RMS 5.196/SP, 5ª. T., rel. Min. Félix Fischer, DJ 06.10.1997, p. 50.011⁶.

3. Cabe recurso ordinário também em outras hipóteses, relacionadas, contudo, ao processo penal. Aqui estão relacionados apenas os casos de recurso ordinário no âmbito do processo civil.

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 572; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 578-580.

5. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 584.

6. *No mesmo sentido*: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. DESCABIMENTO 1. O cabimento do recurso ordinário em mandado de segurança (art. 105, II, “b”, da Constituição Federal) pressupõe a existência de decisão denegatória final, seja de mérito ou terminativa. 2. Não se amolda ao permissivo constitucional a interposição do recurso ordinário em face de decisão, confirmada em sede de agravo regimental, que indefere liminar em mandado de segurança. 3. Recurso ordinário não conhecido.” (STJ 4ª T., RMS 28.632/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.09.2009, DJe 05.10.2009).

Importante fazer menção ao enunciado n. 272 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança”. Não obstante o teor desse enunciado, há precedentes do STF admitindo a conversão do recurso extraordinário em ordinário, desde que o ordinário fôsse de sua competência⁷. Se, todavia, cabível recurso ordinário para o STJ, mas interposto recurso extraordinário para o STF, este não é admitido, não se aplicando, nem mesmo, o princípio da fungibilidade⁸.

O prazo desse recurso é de 15 (quinze) dias.

Não cabem embargos infringentes contra acórdão não-unânime que julgar essa hipótese de cabimento do recurso ordinário constitucional. Também não cabe interposição adesiva desse recurso⁹.

O recurso ordinário não enseja revisor. É o que se extrai do art. 23 do RISTF e arts. 35 e 248, parágrafo único, RISTJ, além do art. 40 da Lei Federal n. 8.038/1990¹⁰.

O recurso deverá ser interposto perante o Presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (depende do regimento interno), a quem competirá fazer o primeiro juízo de admissibilidade. É bem razoável entender que o § 1º do art. 518 do CPC, que permite ao magistrado não receber a apelação que contrariar súmula do STJ ou do STJ, se aplica por analogia ao recurso ordinário constitucional, à semelhança do que já vem acontecendo com a interpretação do § 3º do art. 515 do CPC (ver item 3.1 adiante). Assim, pode o Presidente/Vice-presidente do tribunal de origem não admitir o recurso ordinário constitucional que esteja em desconformidade com súmula do STF ou STJ. Da mesma forma, é possível que o STF (e o STJ também), ao julgar o recurso ordinário constitucional, diante de um defeito sanável, converta o julgamento em dilação, para determinar a sua correção, com base no § 4º do art. 515 do CPC.

Discute-se muito sobre qual seja o recurso cabível contra a decisão que, na origem, não admite o recurso ordinário constitucional, impedindo a sua remessa

7. Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, RMS n. 21.458/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 05.10.1993, *DJ* de 15.04.1994, p. 8.047. *No mesmo sentido*: acórdão não unânime da 2ª Turma do STF, RMS n. 21.328/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.12.2001, *DJ* de 03.05.2002, p. 22.
8. Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, AI n. 145.553 AgR/PI, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09/02/1993, *DJ* de 26/02/1993, p. 2.359. *No mesmo sentido*: acórdão unânime da 2ª Turma do STF, AI 143.711 AgR/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 23.11.1993, *DJ* de 20.05.1994, p. 12.249. *Também no mesmo sentido*: acórdão unânime da 2ª Turma do STF, AI n. 173.236 AgR/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14.11.1995, *DJ* de 09.02.1996, p. 2.087. *Ainda no mesmo sentido*: acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE n. 423.817 AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.08.2005, *DJ* de 02.09.2005, p. 23.
9. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 564-565.
10. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 566.

ao tribunal superior. Bernardo Pimentel identificou, após pesquisa jurisprudencial e doutrinária, três correntes, optando pela terceira¹¹: a) agravo regimental contra a decisão do Presidente do Tribunal que não o admitir; b) aplicação analógica do art. 544 do CPC; c) aplicação do agravo de instrumento comum, regulado pelos arts. 524-527 do CPC. Parece que o caso é de aplicação analógica do art. 544, tendo em vista que o recurso é interposto contra decisão do Presidente/vice do tribunal. Não se adota o posicionamento de Bernardo Pimentel, porque o agravo de instrumento do art. 522 somente pode ser interposto contra decisão de juiz de primeira instância, até como forma de facilitar o acesso à justiça, pois o agravo do art. 544 pode ser interposto no tribunal de origem (art. 544, *caput*, CPC), enquanto o agravo dos arts. 524-527 deve ser dirigido diretamente ao tribunal *ad quem* (art. 524, *caput*, CPC). Convém notar que o julgamento, citado pelo autor para robustecer a sua argumentação (STJ, Ag. 377.099/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicada no DJ de 14.06.2002, decisão que merece ser lida, pois expõe toda a controvérsia sobre o tema), foi no sentido de não conhecer do recurso exatamente porque fora interposto perante o tribunal de origem, o que ofenderia o art. 524 do CPC. Essa interpretação segue a linha proposta neste livro: sempre que houver duas interpretações possíveis, opta-se por aquela que mais favoreça a admissibilidade do recurso e ao acesso à justiça (na variante acesso aos tribunais).

A melhor solução consiste, então, em aplicar o art. 544 do CPC. Não se pode afastar a possibilidade de revisão pelo tribunal superior do quanto decidido pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local. Ou bem se estabelece não ser possível a este exercer o juízo de admissibilidade do Recurso Ordinário, ou se lho permite, desde que cabível recurso para o tribunal superior. E o recurso para o tribunal superior há de ser o agravo previsto no art. 544 do CPC, compatível com o sistema de acesso àquelas Cortes. Nas palavras do Ministro Teori Albino Zavascki, manifestadas em decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 871.161/RJ (2007/0043618-0), “Submeter o juízo negativo de recebimento do recurso à palavra definitiva do tribunal recorrido significaria, na prática, subtrair da parte a sua prerrogativa constitucional de recorrer e de ver o seu recurso julgado pelo juiz natural, bem como retirar do STJ a sua competência constitucional para julgar o referido recurso. Com efeito, é da essência de qualquer recurso que o juízo de admissibilidade seja efetuado pelo tribunal competente para o julgamento. A instância recorrida pode, quando a lei lhe faculta, exercer um juízo de admissibilidade, mas de caráter necessariamente provisório. Atenta contra o próprio direito de recorrer (e, portanto, contra a própria existência do recurso) delegar ao órgão recorrido a palavra definitiva sobre a matéria.

11. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 569-570.

3. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL PARA O STJ

3.1. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança

A primeira hipótese de cabimento recurso ordinário para o STJ é bastante semelhante àquela previsão para o STF, já examinada. Cabe recurso ordinário para o STJ contra decisões *denegatórias* em mandados de segurança proferidas em única instância pelos TRF's ou pelos Tribunais dos Estados ou do Distrito Federal, quando for o caso de competência originária destes tribunais (art. 105, II, "b", CF/88). Não cabe contra decisão de turma recursal de Juizado Especial Cível, nem contra acórdão de Tribunal Regional do Trabalho (TRT) ou Tribunal Regional Eleitoral (TRE)¹².

Tudo o que foi dito em relação ao recurso ordinário para o STF aqui é aplicado, *mutatis mutandis*, inclusive em relação ao prazo, que é de 15 (quinze) dias. Também se aplica ao Recurso Ordinário para o STJ o que se disse logo acima, relativamente à aplicação do art. 544 do CPC. Interposto Recurso Ordinário para o STJ, se o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local resolver negar-lhe seguimento caberá o agravo previsto no art. 544 do CPC.

É preciso, porém, fazer algumas observações.

a) Perceba que somente cabe recurso ordinário, aqui, em *mandado de segurança*. A CF/88 não menciona o *habeas data* nem o *mandado de injunção*.

Não obstante isso, a Lei Federal n. 9.507/1997, art. 20, II, "b", prevê a competência do STJ para julgar, em grau de recurso, o *habeas data*, "quando a decisão for proferida em única instância pelos tribunais regionais federais". Esse dispositivo só pode ser compreendido como se fizesse referência ao recurso especial (o que era desnecessário), pois qualquer referência ao recurso ordinário seria inconstitucional, por ampliar a competência do STJ por lei federal – somente emenda constitucional pode ampliar/reduzir competência dos órgãos jurisdicionais cuja competência é delimitada pela constituição, inclusive os tribunais superiores¹³.

b) Há muita discussão, no STJ, sobre a incidência do § 3º do art. 515 no procedimento do recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. A favor da aplicação, por exemplo: STJ, 6ª T., AgRg no RMS n. 17.714/RN, rel. Min. Paulo Medina, j. 23.08.2005, publicado no DJ de 10.10.2005, p. 435; STJ,

12. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 585.

13. Assim, por exemplo, BUENO, Cássio Scarpinella. "Habeas data". *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 232.

2ª T., RMS n. 19269/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.04.2005, publicado no DJ de 13.06.2005, p. 215. Contra a aplicação, 2ª T., RMS 33.640/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 07.02.2012, publicado no DJe de 14/02/2012; 2ª T., RMS n. 35.343/GO, rel. Min. Humberto Martins, j. em 2.8.2012, publicado no DJe de 8.8.2012; 6ª T., RMS n. 36.483/RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS), rel. p/ acórdão Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Conv. do TJ/PE), j. em 12.6.2012, publicado no DJe de 29.8.2012; 6ª T., RMS n. 27.493/RN, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 27.3.2012, publicado no DJe de 11.4.2012. As últimas decisões do STF são no sentido de não admitir a aplicação do dispositivo ao recurso ordinário no mandado de segurança (1ª T., RMS n. 29.543, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 06.09.2011, publicado no DJe-191 em 04.10.2011; 2ª T., RE n. 638.057 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28.02.2012, publicado no DJe-051 em 09.03.2012.

O entendimento atual do STJ (e igualmente do STF) vem consolidando-se, então, no sentido de não admitir a aplicação, no recurso ordinário em mandado de segurança, do § 3º do art. 515 do CPC.

A posição deste *Curso* é favorável à aplicação do dispositivo no recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, pela inexistência de qualquer óbice para a aplicação analógica de uma regra favorável ao bom andamento do processo.

3.2. Recurso ordinário constitucional em causas internacionais

A segunda hipótese de cabimento do recurso ordinário para o STJ é bastante diferente de tudo o quanto até aqui foi estudado. Trata-se do recurso ordinário cabível contra as decisões proferidas nas causas em que forem partes, de um lado, estado estrangeiro ou organismo internacional, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país (art. 105, II, “c”, CF/88). O cabimento do recurso não é, como alhures, *secundum eventum litis*: cabe contra qualquer decisão, seja qual for o seu conteúdo.

Essas causas tramitam na Justiça Federal de primeira instância (art. 109, II, CF/88). Assim, quem as julgará é o juiz federal. O recurso ordinário, nesse caso, não cabe contra acórdão; ele é cabível contra as sentenças proferidas por juiz de primeira instância. Note que, curiosamente, com a interposição do recurso, a causa sai de um juiz de primeira instância e vai ao STJ, diretamente, sem passar pelo Tribunal Regional Federal.

Quanto às decisões interlocutórias proferidas pelo juiz de primeira instância, cabe o agravo, tanto retido como de instrumento, diretamente ao STJ, aplicando-se a sistemática prevista nos arts. 522 a 529 do CPC, por força do que estabelece o

parágrafo único do art. 539 do CPC. Nesse sentido, “competete ao STJ o exame do agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida por Juiz Federal de primeira instância em ação movida por pessoa jurídica domiciliada no país contra organismo internacional, com fulcro nos arts. 105, II, ‘c’, da CF/88; art. 539, parágrafo único, do CPC e art. 13, III, do RISTJ”.¹⁴ Assim, contra as decisões interlocutórias cabe agravo, retido ou de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias. Em se tratando de agravo de instrumento, deve ser interposto diretamente no STJ, com as peças exigidas no art. 525 do CPC, devendo a parte obedecer ao que prescreve o art. 526 do mesmo diploma processual. Segue-se a sistemática do art. 527 do CPC.

Na verdade, o recurso ordinário, nessa hipótese, é cabível tanto de decisão interlocutória quanto de sentença. Fará, então, as vezes de agravo ou de apelação. Se fizer as vezes de agravo (art. 539, par. ún, CPC), o seu prazo é de 10 (dez) dias e a forma de interposição deve obedecer a todo o regramento do agravo; se fizer as vezes de apelação, o prazo é de 15 (quinze) dias e a forma de interposição deve obedecer a todo regramento da apelação (art. 37 da Lei n. 8.038/1990). É por isso que a Lei n. 8.038/1990, que regulamenta os recursos para o STJ/STF, ao referir-se a essa hipótese de cabimento do Recurso Ordinário, prefere denominá-lo de apelação e agravo de instrumento para o STJ (art. 36).

Assim, quando o recurso ordinário fizer as vezes de apelação, é possível cogitar do cabimento de embargos infringentes (art. 530 do CPC) e de recurso adesivo (art. 500, II, CPC), além de, obviamente, ser plenamente aplicável o § 3º do art. 515 do CPC.

Há, porém, um aspecto peculiar desse recurso, que o diferencia do agravo ou da apelação. É o *quorum* para julgamento. O agravo e a apelação devem ser julgados com o voto de três juízes (art. 555, *caput*, CPC). O recurso ordinário é julgado por uma turma do STJ, que é composta por cinco ministros e todos votam. As decisões no STJ, salvo em *habeas corpus*, devem ser tomadas pela maioria absoluta dos membros da Turma (art. 41-A, Lei n. 8.038/1990), o que implica dizer que, para ser vencedor no procedimento recursal, é preciso o voto favorável de três ministros (veja que na apelação e no agravo, bastariam os votos favoráveis de dois julgadores)¹⁵.

14. Acórdão não unânime da 2ª Turma do STJ, Ag n. 627.913/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.10.2004, *DJ* de 07/03/2005, p. 221. *No mesmo sentido*: acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, Ag n. 410.661/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.2.2002, *DJ* de 1.4.2002, p. 187; *LexSTJ* 153/33.

15. “No primeiro deles (art. 41-A, LF 8038/90), para expressar que as decisões no STJ, salvo nos casos de *habeas corpus*, exigem maioria absoluta do respectivo órgão, norma que se fazia necessária para evitar julgamentos, por Turmas daquele Tribunal, pela maioria simples de dois votos a um (2X1). Como se sabe,

O recurso ordinário, quando se revestir da forma de apelação, será interposto perante o juiz federal que proferiu a sentença, a quem competirá fazer o primeiro juízo de admissibilidade. Inadmitido o recurso na origem, cabe agravo de instrumento ao STJ, na forma do art. 522 do CPC.

o Supremo, em decisão por maioria simples, afirmou ser possível tal *quorum* (2X1) ao argumento de inexistir lei exigindo o mínimo de três votos no sentido majoritário, como dispunha a norma regimental do STJ. Certa ou não a citada decisão, o fato é que agora a lei veio dirimir a questão, merecendo aplausos, por não ser razoável que um julgamento em instância especial provenha de *quorum* limitado a apenas dois votos no sentido vencedor” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A Lei 9.756/98 e suas inovações”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 546). Assim, também, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 566.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Sumário • 1. Características gerais – 2. Efeito devolutivo restrito. Recursos de fundamentação vinculada – 3. Recurso excepcional e reexame de prova – 4. Recurso excepcional e os conceitos vagos – 5. Recurso excepcional e interpretação de cláusula contratual – 6. Prequestionamento – 7. Exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias – 8. Recursos extraordinário e especial contra provimentos de urgência (Súmula do STJ, n. 86 e Súmula do STF, n. 735) – 9. Recurso extraordinário e recurso especial retidos (art. 542, § 3º, CPC) – 10. Sistema de admissibilidade desdobrado – 11. Permite execução provisória – 12. Profundidade do efeito devolutivo dos recursos excepcionais: 12.1. Generalidades. O n. 456 da súmula do STF. O exame de questões de ordem pública e de outras questões não enfrentadas pelo tribunal recorrido; 12.2. As questões supervenientes. O art. 462 do CPC aplicado aos recursos extraordinários; 12.3. Os enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência predominante do STF – 13. Preparo – 14. Interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário. O enunciado n. 126 da súmula da jurisprudência predominante do STJ – 15. Processamento dos recursos extraordinários. Análise do art. 543 do CPC – 16. Agravo contra a decisão que nega seguimento, na origem, a recurso extraordinário ou recurso especial (art. 544 do CPC) – 17. Recurso especial: 17.1. O papel do STJ; 17.2. Considerações gerais sobre o recurso especial; 17.3. Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 105 da CF/88; 17.4. Cabimento com fundamento na letra “b” do inciso III do art. 105 da CF/88; 17.5. Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 105 da CF/88; 17.6. Recurso extraordinário em julgamento de recurso especial; 17.7. Controle difuso da constitucionalidade da lei federal apontada como violada; 17.8. Recurso especial em reexame necessário; 17.9. Julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos; 17.10. Desistência do recurso no procedimento de julgamento por amostragem – 18. Recurso extraordinário: 18.1. Papel do STF; 18.2. Considerações gerais; 18.3. Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 102 da CF/88; 18.4. Cabimento com fundamento na letra “b” do inciso III do art. 102 da CF/88; 18.5. Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 102 da CF/88; 18.6. Cabimento com fundamento na letra “d” do inciso III do art. 102 da CF/88; 18.7. Recurso extraordinário contra julgamento que contraria tratado internacional sobre direitos fundamentais; 18.8. A repercussão geral; 18.9. A “objetivação” do recurso extraordinário – 19. Enunciados das súmulas da jurisprudência predominante do STJ e do STF sobre recursos excepcionais: 19.1. Enunciados da Súmula do STF; 19.2. Enunciados da Súmula do STJ.

1. CARACTERÍSTICAS GERAIS

Recurso extraordinário (ou recurso excepcional, ou recurso de superposição) é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário para o STF (art. 102, III, CF/88) e o recurso especial para o STJ (art. 105, III, CF/88). O recurso especial, na verdade, é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/88), que servia como meio de impugnação da decisão judicial por violação à Constituição e à legislação federal. Com a criação do STJ, pela CF/88, as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário foram repartidas entre o STF e o STJ. O recurso especial nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ.

Esses recursos, pois, têm um regime jurídico comum, com diversas características semelhantes. Inicialmente, serão examinadas as características gerais dos recursos excepcionais. Depois, as peculiaridades do recurso especial e do recurso extraordinário.

2. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO. RECURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA

Os recursos excepcionais são exemplos de recurso de fundamentação vinculada. As hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal (art. 102, III, e art. 105, III). Tais recursos servem à impugnação de questões de direito; não se admite a interposição para reexame de prova ou de fatos. São recursos de estrito direito. Sobre a distinção entre questão de fato e questão de direito, recomenda-se a leitura do capítulo sobre a teoria da cognição, no volume 1 deste curso.

3. RECURSO EXCEPCIONAL E REEXAME DE PROVA

É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo (enunciados 279¹ e 07² da jurisprudência predominante do STF e do STJ, respectivamente). Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso excepcional para a revisão de matéria de fato. Não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.

No entanto, há possibilidade de recurso especial por violação às regras do direito probatório, entre as quais se incluem os dispositivos do CPC e CC que cuidam da matéria – notadamente quando tratam da valoração e da admissibilidade da prova. Como bem afirmou Athos Carneiro: “a questão da valorização da prova, no entanto, exsurge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo”.³ Também é possível imaginar recurso extraordinário para discutir a utilização de prova ilícita, que é vedada constitucionalmente⁴.

A respeito do tema, importante julgado do Supremo Tribunal Federal da lavra do Min. Rodrigues Alckmin, no RE 84.699/SE, quando ainda cuidava do assunto:

1. “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.
2. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.
3. “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, p. 106. Também assim, José Carlos Barbosa Moreira: “É também *quaestio iuris* a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório...” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 599) Nesse sentido, também, GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 334; SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 323 e segs., de forma muito bem posta e com amplas referências; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001, p. 206-212.
4. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1, p. 338.

“O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. (...) Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do *ius constitutionis*...”

Não é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A valoração da prova, no âmbito do recurso especial, pressupõe contrariedade a um princípio ou regra jurídica no campo probatório, sendo cediço ser o livre convencimento motivado um dos postulados do nosso sistema processual”.⁵

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart enumeram diversas situações em que se admite o controle, por recurso excepcional, da aplicação de regras do direito probatório: “i) licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico; iii) para uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e; vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório”.⁶

É preciso distinguir o recurso excepcional interposto para discutir a apreciação da prova, que não se admite, daquele que se interpõe para discutir a aplicação do direito probatório, que é uma questão de direito e, como tal, passível de controle por esse gênero de recurso⁷.

4. RECURSO EXCEPCIONAL E OS CONCEITOS VAGOS

É possível o controle, por meio de recursos excepcionais, da aplicação de *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais*.

5. Resp 17.144-BA, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. A própria existência da súmula 149 do STJ é uma clara demonstração neste sentido: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. Ver ainda: REsp n. 1.555-SC, rel. Min. Gueiros Leite, DJ 09.04.1990; AGA n. 16.724-RJ, rel. Min. Torreão Braz, DJ de 25.10.1993; REsp n. 7.258-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 25.11.1991; REsp 14.270-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 29.11.1993; REsp n. 435.014-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.11.2002; AGRESP n. 405.967-SP. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.10.2002.

6. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1, p. 320.

7. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 282, com amplas referências jurisprudenciais e legislativas.

A distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado é bem sutil; ambos pertencem ao gênero *conceito vago*⁸. No conceito jurídico indeterminado, o legislador não confere ao juiz competência para criar o efeito jurídico do fato cuja hipótese de incidência é composta por termos indeterminados; na cláusula geral, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, é conferida ao magistrado a tarefa de criar o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência daquela hipótese normativa. É como explica Rodrigo Mazzei: “Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde uma abstração (*indeterminação proposital*) no conteúdo na norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal”.⁹

É possível que um recurso especial sirva para a discussão sobre o entendimento acerca de um desses conceitos vagos; não é possível pretender-se reexaminar os fatos, mas, sim, discutir se *aquele fato* examinado pelo tribunal recorrido subsume-se ao tipo normativo – trata-se de questão de direito, apta a ser objeto de um recurso excepcional¹⁰. Eis a razão de o STJ ter enunciados consolidados em sua súmula da jurisprudência predominante sobre o que seja “prova escrita” (conceito indeterminado) apta a ensejar ação monitória: n. 247: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento de ação monitória”; n. 299: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”. É por isso, também, que o STJ vem examinando o que seja “móveis que guarnecem a casa” para fim de caracterização

8. NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. “Conceitos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial”. *Processo civil: aspectos relevantes – Estudos em homenagem ao Professor Ovidio A. Baptista da Silva*. DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). São Paulo: Método, 2006, p. 79-87.
9. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 34. “Diante de uma cláusula geral o magistrado faz mais do que simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe ‘concorrer ativamente para a formação da norma’, inclusive para fins de estabelecimento das consequências jurídicas da sua violação, ou, em outras palavras, dizer qual será a sanção mais adequada, quando menos a sua extensão, ao caso concreto”. (CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95).
10. Assim, corretamente, CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”, cit., p. 87; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001, p. 235-236; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 293-296; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. *Temas de direito processual – segunda série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 71.

do que seja “bem de família” (art. 1º, par. ún., da Lei n. 8.009/1990) e o que seja *preço vil* (art. 692 do CPC)¹¹.

É possível, também, imaginar o controle da aplicação de *cláusula geral*, tais como a boa-fé, a função social da propriedade, o poder geral de cautela etc.¹² É possível, por exemplo, que o STJ, ao interpretar a extensão do § 5º do art. 461 do CPC, que prevê uma cláusula geral de efetivação das decisões judiciais, entenda não ser lícita a fixação de multa horária ou de prisão civil como meio inominado de coerção indireta, desde que baseado nos fatos descritos no acórdão recorrido.

5. RECURSO EXCEPCIONAL E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

Já se viu que o STF e o STJ, no julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, têm restrições no reexame de questões de fato. Não é possível que tais tribunais, no âmbito dos recursos excepcionais, reexaminem provas ou outros elementos contidos nos autos, que não estejam mencionados ou explicitados no acórdão recorrido.

Seguindo esta linha, não se permite recurso excepcional que objetive o reexame de cláusula contratual. Na realidade, “a interpretação de um contrato, ou de suas cláusulas, cujo escopo seja a obtenção do sentido e alcance da manifestação de vontade, envolve matéria de fato, porquanto averigua a intenção dos contraentes, sendo defeso o respectivo reexame em sede de recurso especial. Na esteira do enunciado n. 454 da súmula do Supremo Tribunal Federal, é correto o enunciado n. 5 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual ‘A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial’.”¹³ Ademais, a verificação da correta interpretação de uma cláusula contratual não se subsume a nenhuma das hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, que objetivam o controle da aplicação de normas jurídicas federais e constitucionais, e não negociais.

O mero reexame de provas ou de cláusula contratual não se confunde, como já se disse, com a qualificação jurídica da prova ou da cláusula contratual. Esta sim – a qualificação jurídica – pode ser analisada pelo tribunal superior no âmbito

11. CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”, cit., p. 89-91.

12. MAZZEI, Rodrigo. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”, cit., p. 49-54; CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”, cit., p. 96; MACÊDO, Lucas Buriel de. “A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, no prelo.

13. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., n. 2.5.9, p. 299.

do recurso excepcional. O que não se permite é o simples reexame da prova ou da cláusula contratual. Perceba: quando a interpretação da cláusula contratual determinar o tipo do contrato (se aluguel ou comodato, p. ex.) de que se trata a causa, é possível submetê-la ao controle jurisdicional por meio de recurso especial. É essa a razão pela qual o STJ tem o enunciado n. 293 na súmula da sua jurisprudência predominante: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. A interpretação da cláusula contratual que autorizava a cobrança antecipada do valor residual garantido era imprescindível para determinar se o contrato era uma compra e venda ou um arrendamento mercantil, por isso o STJ admitiu o recurso excepcional que a discutia¹⁴.

6. PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento é exigência antiga para a admissibilidade dos recursos extraordinários, segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/analisa da na instância inferior.

Segundo José Miguel García Medina, é possível vislumbrar três concepções distintas acerca do prequestionamento, a partir do exame da jurisprudência e da doutrina sobre o tema.¹⁵

Primeiramente, tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca de determinada questão jurídica federal ou constitucional¹⁶.

A segunda concepção vê o prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, hipótese em que se configura como ônus atribuído à parte. Para essa concepção, *prequestionar é aio da parte*, independentemente de o tribunal de origem manifestar-se ou calar-se a respeito da questão federal ou constitucional suscitada.¹⁷

E, por fim, a posição eclética, em que se somam as duas tendências citadas, sendo o prequestionamento o prévio debate acerca de questão federal, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.¹⁸

14. “Saber se, com os elementos aceitos pelo acórdão, se está em face de uma minuta ou de um contrato, de um fideicomisso ou de um usufruto, de uma venda *ad corpus* ou *ad mensuram*, se houve ou não mandato, se a hipótese é de contrato preliminar ou de locação, de depósito incidente ou de consignação em pagamento, tudo isso não é questão de fato, mas de direito” (NEGRÃO, Theotônio. “Técnica do recurso extraordinário Cível!”. *Revista dos tribunais*. São Paulo: RT, n. 602, p. 9).

15. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 1998, p. 159-166.

16. “Tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito” (STF, RE n. 104.899-9-RS, 2ª T., j. 30.06.1992, rel. Min. Marco Aurelio).

17. “Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta.” (STJ, REsp 2.336-MG, 2ª T., j. 09.05.1990, rel. Min. Carlos Velloso).

18. “A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar

Cumpra, desde logo, fazer um alerta acerca da nomenclatura utilizada. O termo prequestionamento já está consagrado na pragmática da comunicação normativa brasileira. Consolidou-se, a propósito, como uma etapa no exame da admissibilidade dos recursos extraordinários. Não convém alterá-lo. De fato, o nome parece indicar uma atividade da parte, anterior, no sentido de ensejar a manifestação do órgão jurisdicional inferior. Sucede que concepções encaram o preenchimento do requisito sob outra perspectiva, sem, entretanto, sugerir outro nome para o problema. O mesmo José Miguel Garcia Medina entende que prequestionamento é *ato da parte*, mas que isto seria irrelevante para a higidez do recurso extraordinário – o que, no mínimo, confunde o operador, sequioso de saber o real conteúdo deste requisito, de modo a que possa providenciar os meios para atendê-lo.¹⁹ Assim, o termo prequestionamento será utilizado como exigência própria dos recursos extraordinários, desvinculando-o por completo do sujeito processual que o provocou.

Não é o prequestionamento um requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários²⁰. Bem assevera Nelson Nery Jr.: “Talvez a conceituação do prequestionamento como requisito imposto pela jurisprudência tenha nascido porque a expressão vem mencionada em dois verbetes da Súmula do STF (STF 282 e 356). Evidentemente a jurisprudência, ainda que do Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal”.²¹ Trata-se, na verdade, de etapa no exame do cabimento dos recursos extraordinários.²² É passo na verificação da incidência do suporte fático hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto; é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional.

o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária” (STF, AgRgAl n. 134175-1, 1º T.j. 02.04.1991, rel. Min. Celso de Mello).

19. “Não há exigência constitucional no sentido da presença do prequestionamento. Por isso, não pode ser indeferido o recurso extraordinário ou o recurso especial se não tiver havido prequestionamento. O que se exige, para a interposição dos recursos extraordinários, é a presença de uma questão (constitucional ou federal) na decisão recorrida, tenha ou não havido prequestionamento.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 1998, p. 204.)
20. Diversa é a clássica observação de ALFREDO BUZAI, no voto do ERE n.º 96.802, STF (RTJ 109/302), que o considera uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.
21. “Ainda sobre o prequestionamento – embargos de declaração prequestionadores”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2000, p. 855.
22. Também neste sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, cit., p. 219.

Preenche-se o *prequestionamento* com o exame, na decisão recorrida, da questão federal ou constitucional que se quer ver analisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal²³. Se essa situação ocorre, indubitavelmente haverá *prequestionamento* e, em relação a esse ponto, o recurso extraordinário eventualmente interposto deverá ser examinado.

Partindo dessa premissa, é inócua a discussão quanto à possibilidade do chamado *prequestionamento implícito*. “Há *prequestionamento implícito* quando o tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado. Exatamente neste sentido o *prequestionamento implícito* vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça”.²⁴ O que importa é a efetiva manifestação judicial – causa decidida. Não há aqui qualquer problema: “se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria ‘questionada’ e isso é o quanto basta”²⁵.

É preciso alertar, porém, para o enunciado n. 320 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do *prequestionamento*”²⁶. Um dos autores deste livro já havia escrito sobre o assunto, defendendo o que consta deste enunciado, ressaltando, porém, que “haverá, ao contrário, *prequestionamento*, quando, embora a matéria esteja tratada no voto vencido, tenha recebido igualmente a atenção dos votos vencedores, ainda que em sentido divergente”²⁷.

Recentemente, a Min. Ellen Gracie, em decisão proferida no AI n. 375011, constante do Informativo 365 do STF, com o objetivo de fazer prevalecer o

23. NERY JR., Nelson. “Ainda sobre o *prequestionamento* – os embargos de declaração *prequestionadores*”, cit., p. 856-857.

24. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “*Prequestionamento implícito no recurso especial: posição divergente no STJ*.” *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001, p. 980/981. Confira-se, ainda, os seguintes julgados do STJ: EREsp 162608-SP. Corte Especial do STJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.06.1999, DJ 16.08.1999, p. 37; EREsp 155621-SP. Corte Especial do STJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.06.1999, DJ 13.09.1999, p. 37, RSTJ 127/36; REsp n. 238.626/SC, 5ª Turma do STJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJ 05/03/2001, p. 203; AGA 314833/RS. 2ª Turma do STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 30/10/2000, p. 145.

25. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Pré-questionamento”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 328, p. 43.

26. Sobre o assunto, conferir: COSTA Henrique Araújo. “Voto vencido e *prequestionamento*”. *Revista de Processo*. 129:169-174. São Paulo: RT, novembro-2005; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “*Prequestionamento e voto vencido*”. *Revista Dialética de Direito Processual*. 17:39-48. São Paulo: Dialética, agosto-2004.

27. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “*Prequestionamento e voto vencido*”. *Revista Dialética de Direito Processual*. 17:39-48. São Paulo: Dialética, agosto-2004, p. 48.

posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de determinada lei estadual, relativizou a exigência do prequestionamento, em decisão que se reputa muitíssimo importante do ponto de vista paradigmático. Nessa decisão, manifestou a ministra entendimento de que as regras sobre o prequestionamento devem ser flexibilizadas, “nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida” pelo STF. Trata-se de mais um exemplo da transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade (ponto que será desenvolvido mais à frente)²⁸.

Não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível. No entanto, e se a questão não houver sido examinada pelo tribunal, não obstante ter sido suscitada pela parte? Impõe-se a interposição de embargos de declaração com o objetivo de suprir a omissão. E se a omissão persistir, há o prequestionamento mesmo assim? Divergem os tribunais superiores a respeito do assunto.

Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado n. 211 da súmula da sua jurisprudência, não haverá prequestionamento, devendo o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, CPC, por exemplo, para forçar o pronunciamento do tribunal de origem.²⁹ Da mesma forma, se já houver pronunciamento judicial sobre a questão, pouco importa se tenha havido ou não a provocação da parte, desnecessária a interposição dos embargos de declaração, porquanto já se tenha satisfeito a exigência³⁰. Trata-se de posicionamento em tudo conforme a lição de Nelson Nery Jr., que tentou emprestar ao exame do tema um mínimo de coerência e cientificidade.

28. Para Francisco de Barros e Silva Neto, há alguns paradoxos do recurso extraordinário como mecanismo de controle de constitucionalidade. Um deles é o rigoroso exame de seus requisitos de admissibilidade. Para que houvesse efetivo controle de constitucionalidade pelo STF, deveria haver maior abertura do juízo de admissibilidade. O maior rigor no juízo de admissibilidade conduz ao não conhecimento recursos contra decisões inconstitucionais, caracterizando um dos paradoxos do recurso extraordinário (Paradoxos do recurso extraordinário como ferramenta do direito processual constitucional. *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 52-53).

29. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*, p. 156; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Prequestionamento”, p. 254-255.

30. Assim, MEDINA, Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, cit., p. 211; NERY Jr., Nelson. “Ainda sobre o prequestionamento” – embargos de declaração prequestionadores, cit., p. 860-861; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. “Prequestionamento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambiere Nelson Nery Jr. (Coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 255-256.

O posicionamento do STF, porém, é diferente. Admite o STF o chamado *prequestionamento ficto*, que é aquele que se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos. Trata-se de interpretação mais amena do enunciado n. 356 da súmula da jurisprudência do STF. Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias. Inicialmente, a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo, perfilar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo – e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postura no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção de inadmissibilidade deve receber a pronta adesão do operador do direito.

Para terminar, uma palavra sobre o *prequestionamento* em recurso extraordinário de terceiro. Em princípio, não deveria haver regramento diverso para o recurso extraordinário de terceiro³¹. Não teria sentido exigir que, no recurso da parte, houvesse efetiva manifestação judicial sobre o tema e, no recurso do terceiro, fosse dispensada. Como visto, o *prequestionamento* é decorrência da própria Constituição Federal, e não pode ser evitado ou minimizado pelos órgãos jurisdicionais, ou então se trata de exigência ilegítima.

Como se sabe, o terceiro prejudicado pode recorrer (CPC, art. 499). Não há previsão de recursos próprios para o terceiro, podendo este interpor qualquer um dos recursos previstos na legislação federal. Para interpor qualquer um desses recursos, o terceiro deve preencher os correlatos requisitos de admissibilidade, porquanto não há diferença quanto aos requisitos de admissibilidade, por ser o recorrente parte ou terceiro. Diante disso, sendo o *prequestionamento* inerente aos recursos especial e extraordinário, deve o terceiro recorrente a ele sujeitar-se, não sendo admitido um apelo extremo por ele interposto que não atenda a tal exigência³². Vale ressaltar que o *prequestionamento* contém sentido equívoco: pode ser considerado como atividade da parte ou ser confundido com a abordagem da matéria na decisão recorrida. Os tribunais superiores, quando aludem a *prequestionamento*, estão a considerar esse segundo sentido: o de que deve haver pronunciamento a respeito da questão constitucional ou federal.

31. Cf. voto do Min. Moreira Alves, no RE 98.817-3-RJ, julgado em 16.11.1982, publicado na RT 574/277-280.

32. DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002, n. 2.2.4., p. 60-69.

Se a decisão apreciou a questão – expressa ou implicitamente –, poderá o terceiro ingressar com o recurso extraordinário; se não o fez, e a questão fora levantada anteriormente, ou é questão de ordem pública (de que serve de exemplo a não-citação de litisconsorte necessário), poderá provocar o órgão julgador a manifestar-se, por embargos de declaração, abrindo ensejo à interposição do recurso excepcional. E aqui se mostra claramente quão equivocada é a concepção do prequestionamento como ato prévio da parte; se assim o fosse, jamais o terceiro poderia interpor estes recursos, por não ter “prequestionado”, pela simples circunstância de que, até aquele momento, não participava do feito.

Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Min. Eduardo Ribeiro (REsp 248.089-PR, j. 06.06.2000):

“Em relação ao prequestionamento, ou se adota uma postura lógica, coerente, o que requer seja exigido em todos os casos, ou se admite que se trata de requisito dispensável e, por conseguinte, não haverá razão para tê-lo como necessário em qualquer hipótese. A razão de ser de não se prescindir de que a matéria haja sido prequestionada reside em que não é possível violar a lei, ou configurar-se o dissídio, em relação a tema não examinado. Daí, como se tem dito, tratar-se de algo muito próprio do recurso extraordinário, tomada a expressão em sentido amplo. Se se pudesse conhecer do especial, em algum caso, ainda que o tema não tivesse sido considerado pela decisão recorrida, há que se aceitar, forçosamente, ser despendiêcia a exigência, também para os outros”³³.

José Miguel Garcia Medina posiciona-se no sentido de que, mesmo nas hipóteses de litisconsorte não citado (matéria de ordem pública), é absolutamente fundamental que o tribunal recorrido manifeste-se sobre a questão, podendo valer-se o terceiro dos embargos de declaração para suprir o silêncio. Não sendo possível a interposição dos embargos declaratórios para sanar eventual omissão, incabível a interposição do recurso extraordinário pelo terceiro³⁴.

Mantovanni Colares Cavalcante examina o tema, elaborando um esboço histórico da questão na jurisprudência dos tribunais superiores. Demonstra o autor que há julgados no STF que relativizam a exigência do prequestionamento no recurso extraordinário de terceiro, em casos de *impossibilidade processual* de sua ocorrência. Pondera o professor cearense que essa postura, em determinadas situações, notadamente aquelas que envolvem litisconsorte necessário não-citado, é a mais correta e favorece a economia processual, pois evita futura ação rescisória ou *querela nullitatis*. Conclui, então, que, embora a regra deva ser mantida em

33. Adotando esse posicionamento, com mais argumentos, MAZZEI, Rodrigo. “O manco dos declaratórios pelo terceiro prejudicado”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 903-907.

34. MEDINA, Garcia. *O prequestionamento...*, cit., p. 220-222.

relação ao terceiro, nos casos em que se revelar impossível o prequestionamento, ele deve ser mitigado³⁵. De fato, é preciso que todos enfrentem um importante tema do direito processual, eterno desafio: mitigar os prejuízos que posturas eminentemente formalistas podem causar à tutela dos direitos subjetivos. E o prequestionamento é a uma das válvulas de escape dos tribunais superiores, que se valem dele para deixar de julgar o mérito dos recursos, em diversas oportunidades. E como se isso não bastasse, STF e STJ adotam concepções diversas sobre o fenômeno, dificultando ainda mais o trabalho dos demais operadores jurídicos.

7. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS

Os recursos extraordinário e especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única. Não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação. As cortes de cúpula só devem manifestar-se sobre questão que tenha sido resolvida na instância ordinária.

Ora, tanto o recurso especial como o recurso extraordinário são cabíveis de decisões que tenham julgado a causa em *última* ou *única* instância. Logo, enquanto houver recurso na instância de origem, ainda não houve decisão de *última* ou *única* instância. É necessário, como se percebe, o prévio esgotamento das instâncias ordinárias para que se possa intentar os recursos extraordinário e especial.

Tal exigência consta, aliás, do enunciado n. 207 da súmula do STJ, que está assim redigida: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

À evidência, reformada a sentença de mérito por maioria de votos, não se deve interpor, desde logo, o recurso especial, justamente porque ainda não se

35. “Negar vigência, em suma, é não admitir a existência do tratado ou da lei federal. E é justamente isso que ocorre quando a decisão de tribunal ignora a regra processual que impõe o chamamento ao processo do litisconsórcio necessário, e nesse caso o terceiro deve ter como meio a seu alcance a possibilidade de manejo do recurso especial para anular mencionada decisão, ainda que não explicitada pelo acórdão recorrido, e mesmo não tendo ingressado com embargos de declaração para forçar o tribunal a se manifestar sobre a questão. Basta imaginar a situação em que o terceiro só tome conhecimento da ação quando já decorrido o prazo para a interposição dos embargos de declaração, restando ainda o prazo de apresentação do recurso especial. Negar a apresentação desse recurso pela não utilização dos embargos prequestionadores que inclusive se deu por razão alheia à vontade do terceiro é remetê-lo à ação rescisória, com os inúmeros transtornos dela decorrentes, proporcionando inclusive às partes uma falsa percepção de encerramento da causa, quando a matéria certamente será discutida e invalidada a decisão anterior”. (“A intervenção de terceiro nos recursos especial e extraordinário e o prequestionamento”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 665).

esgotaram as instâncias ordinárias. É que cabíveis, ainda, embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, *salvo* se a sentença tiver sido proferida em processo de mandado de segurança (art. 25 da Lei n. 12.016/2009)

De igual modo, eis o enunciado n. 281 do STF assim averba: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”. Desse modo, proferida, por exemplo, uma decisão isolada pelo relator, não é possível interpor, desde logo, o recurso especial ou extraordinário, pois ainda não se esgotou a instância ordinária, eis que cabe o agravo interno.

É necessário, portanto, o prévio esgotamento dos recursos possíveis de serem interpostos para que possam ser interpostos os recursos excepcionais.

Como visto no capítulo respectivo, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão, sendo certo ser possível a oposição dos embargos contra decisão isolada de relator em tribunal. Nesse caso, opostos embargos contra decisão de relator, é o próprio relator quem deve julgar os embargos, em nova decisão isolada.

Tem sido, contudo, frequente o hábito de alguns relatores de, em vez de julgarem isoladamente os embargos, levarem-nos a julgamento do colegiado, daí sendo proferido acórdão. Tal acórdão não constitui, no entendimento do STJ, decisão de última instância, pois serviu, apenas, como meio de integração de uma decisão unipessoal, a qual ainda não foi revista em sede de agravo interno.³⁶

Em situações assim, não deve a parte já interpor recurso especial ou extraordinário, cabendo, antes, a interposição de agravo interno para, somente depois, poder intentar os correspondentes recursos excepcionais.³⁷ Não teria havido, em

36. “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO JULGADA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA N. 281/STF. PRECEDENTES.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal. Assim, constitui pressuposto de admissibilidade do apelo excepcional o esgotamento dos recursos cabíveis na instância ordinária (Súmula n. 281/STF).

2. Apreciada a apelação em decisão monocrática, seria indispensável submetê-la ao colegiado, por meio do agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, mostrando-se insuficiente a oposição de embargos declaratórios. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, AgRg no Ag 772.942/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.09.2006, DJ de 25.10.2006, p. 189).

37. “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 3,17%. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO JULGADA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 281/STF. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

outras palavras, o esgotamento prévio das instâncias ordinárias, eis que cabível, ainda, o agravo interno.

Se, porém, o colegiado, no tribunal local, recebeu os embargos de declaração como agravo interno, terá, então, havido o esgotamento prévio, cabendo, a partir daí, o recurso especial e/ou o recurso extraordinário.³⁸

8. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL CONTRA PROVIMENTOS DE URGÊNCIA (SÚMULA DO STJ, N. 86 E SÚMULA DO STF, N. 735)

De acordo com os arts. 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm competência para, em recurso extraordinário e em recurso especial, respectivamente, julgar as *causas* decididas em *única* ou *última* instância, quando a decisão recorrida, além de outras hipóteses, violar norma constitucional (no caso do recurso extraordinário) ou de lei federal (no caso do recurso especial).

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso especial as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal. Assim, constitui pressuposto de admissibilidade do apelo excepcional o esgotamento dos recursos cabíveis na instância ordinária (Súmula 281/STF).

2. Hipótese em que caberia à parte agravante interpor o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil contra a decisão monocrática que apreciou a apelação, integrada pelos embargos declaratórios, julgados pelo órgão colegiado. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.” (Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, AgRg no Ag 669.883/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07.02.2005. DJ de 24.04.2006, p. 439).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-EXAURIMENTO DAS VIAS RECURSAIS.

I – É incabível recurso especial contra decisão monocrática proferida por relator em agravo de instrumento, ainda que os embargos de declaração opostos tenham sido julgados por decisão colegiada.

II – Agravo regimental desprovido.” (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, AgRg no Ag 806.190/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.12.2006. DJ de 05.03.2007, p. 297).

38. “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO DA MÁQUINA JUDICIÁRIA. RECONHECIMENTO. ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Tendo a Coordenadoria da Segunda Turma certificado inexistência de via original de petição de agravo regimental enviada por fax que fundamentou o não-conhecimento do recurso, a juntada da petição demonstra o erro material decorrente do serviço judiciário e o conhecimento do agravo regimental.

2. Com o julgamento dos embargos de declaração contra decisão monocrática no tribunal de origem, recebidos como agravo interno pelo colegiado, houve exaurimento de instância. Cabível a abertura da via especial.

3. Não se conhece de recurso especial quando a matéria discutida no feito não foi devidamente prequestionada na instância ordinária.

4. Embargos acolhidos com efeitos modificativos. Agravo regimental improvido.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, EDcl no AgRg no REsp 693.707/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 03.05.2005. DJ de 05.06.2006, p. 248).

Considerando que os referidos dispositivos constitucionais aludem ao julgamento de *causas*, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que não seria possível interpor recurso especial ou extraordinário contra acórdão proferido em agravo de instrumento.³⁹ É que, segundo tal entendimento, quando os dispositivos constitucionais referem-se à *causa* estão a tratar da extinção do processo com ou sem resolução do mérito, não abrangendo as decisões que versam sobre incidentes processuais.

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu.

Com efeito, dirimindo o dissenso doutrinário e jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 86 de sua súmula de jurisprudência, de cujos termos se extrai a seguinte dicção: “cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Dessa orientação não dissentiu o Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do julgamento proferido no Recurso Extraordinário n. 153.831-7-SP, em que se consignam alguns precedentes da própria Corte Suprema e se conclui que “o termo ‘causa’ empregado no art. 105, III, da CF compreende qualquer questão federal resolvida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, ainda que mediante decisão interlocutória”.⁴⁰

A interposição de recurso extraordinário ou especial contra decisão interlocutória passou a ser tão aceita que ao art. 542 do CPC foi acrescentado o § 3º, em cujos termos se estabeleceu, nesses casos, a obrigatoriedade de o recurso ficar retido nos autos, devendo ser reiterado no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final. Na verdade, o recurso extraordinário ou especial deve ficar retido quando interposto contra decisão interlocutória, e não quando interposto contra acórdão em agravo de instrumento. É que, nem sempre um acórdão em agravo de instrumento terá conteúdo de decisão interlocutória. Por outro lado, é possível que um acórdão em apelação contenha matiz de decisão interlocutória. Imagine-se, por exemplo, que, num agravo de instrumento interposto contra determinada decisão interlocutória, o tribunal resolva, reconhecendo a ilegitimidade de uma das partes para a causa, extinguir o processo sem resolução do mérito. Nesse caso, a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeira instância está

39. REINALDO, Demócrito Ramos. “O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1995, n. 78, p. 9-18.

40. Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE 153.831-7-SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 03/12/2002, *Revista de Processo*, 112/339.

sendo substituída por uma sentença, ou seja, o processo foi extinto pelo julgamento do agravo de instrumento, que, no particular, terá conteúdo de sentença, vindo o recurso extraordinário ou especial a ser interposto contra uma sentença, e não contra uma decisão interlocutória. É possível, ainda, que de uma sentença terminativa o autor tenha interposto uma apelação, vindo o tribunal a dar-lhe provimento para concluir ser possível o exame do mérito, não sendo o caso de aplicar o § 3º do art. 515 do CPC, por ser necessária a produção de alguma prova. Nessa hipótese, o tribunal irá determinar o retorno dos autos à primeira instância para que o juiz proceda à instrução e, depois, profira a sentença de mérito. A sentença foi substituída por uma decisão interlocutória, ou seja, o julgamento da apelação resolveu um incidente, não dando fim ao processo, eis que este prosseguirá para que seja exarada uma sentença. Do acórdão do tribunal que julgou a apelação caberá recurso extraordinário ou especial que deverá ficar *retido*, porquanto interposto contra decisão interlocutória, é dizer, contra acórdão que ostenta conteúdo de decisão interlocutória.

Enfim, assentou-se o entendimento segundo o qual o termo *causa* constante do texto constitucional abrange não somente o julgamento final da demanda, como também a resolução de qualquer incidente no processo, de sorte que se afigura cabível o recurso extraordinário ou o recurso especial contra qualquer acórdão, tenha ele conteúdo de decisão interlocutória ou de sentença.

Não obstante a definição de tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a o enunciado 735 de sua Súmula de Jurisprudência Predominante, cujo teor está assim redigido: “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Os precedentes que deram origem a tal enunciado denotam quais as *rationes decidendi* que fundamentam o entendimento: a aferição da existência dos requisitos para a concessão da liminar situa-se na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, além de não ser manifestação conclusiva ou definitiva do caso, não se enquadrando na hipótese do art. 102, III, da Constituição Federal, de forma a ser insuscetível de apreciação no âmbito do recurso extraordinário.

Cumpre, a propósito, registrar breve repúdio à assertiva de que a concessão da liminar se situa na esfera de avaliação subjetiva do magistrado. Não existe subjetivismo na análise judicial. A concessão ou a denegação de provimento de urgência encontra balizamento em regras específicas da legislação processual, devendo o juiz, ao proferir sua decisão, fundamentá-la, demonstrando as razões pelas quais estão preenchidos ou não os requisitos do provimento de urgência. A verificação da presença de tais pressupostos rende ensejo à revisão pelos tribunais, eis que se trata de atividade interpretativa.

O enunciado n 735 da súmula do STF estabelece que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar. A razão do entendimento repousa na circunstância de o julgamento assim proferido decorrer de um juízo de cognição sumária, sendo provisório. O recurso extraordinário estaria a reclamar providência definitiva para instaurar o contencioso constitucional. Na verdade, continua sendo cabível o recurso extraordinário contra decisão interlocutória, com a nota marcante de ficar retido, mercê da regra contida no art. 542, § 3º do CPC. Somente não cabe o recurso extraordinário se o provimento for precário, provisório, fundado em mera probabilidade ou verossimilhança; enfim, se se tratar de provimento decorrente de uma simples cognição sumária.

Realmente, “quer se trate de liminar em mandado de segurança, quer em ação cautelar, a decisão proferida não se enquadra na previsão do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, considerada a redação imprimida pela Lei nº 9.756/98. A razão é muito simples: respeitado o preceito, o recurso extraordinário interposto, uma vez julgada a própria ação cautelar, ficará prejudicado. Por isso, declarei-o inadequado à espécie. A prevalecer a óptica do agravante e presente o predicado ‘utilidade’, determinar-se-á, de imediato, o processamento, se for o caso, do recurso extraordinário. A liminar é decisão precária e efêmera que não desafia a recorribilidade extraordinária”.⁴¹

Parece, de fato, não ser cabível o recurso extraordinário, *ao menos sob esse fundamento*. A inviabilidade do extraordinário não resultaria do argumento que vem fundamentando os precedentes que deram origem ao enunciado 735 da Súmula do STF. O fato de a decisão ser provisória e estar fundada em cognição sumária não a afasta do conceito de *causa* encartado no art. 102, III, da Constituição Federal. Na verdade, o recurso extraordinário revelar-se-ia incabível na espécie, porque é *reflexa* ou *indireta* a alegada violação a dispositivo constitucional.

Com efeito, ainda que a liminar fundamente-se em dispositivo constitucional, para demonstrar a suposta violação pelo acórdão recorrido a qualquer norma da Carta Magna, o recorrente terá que discorrer sobre o dispositivo legal que trata dos requisitos para a concessão do provimento de urgência. Se se tratar de tutela antecipada satisfativa genérica, deverá demonstrar a ausência dos pressupostos do art. 273 do CPC; caso se trate de medida cautelar, o recurso haverá de demonstrar a ausência dos pressupostos encartados no art. 798 do CPC (se cautelar definitiva) ou no art. 804 do CPC (se tutela antecipada cautelar). Enfim, haverá, a bem da verdade, ofensa aos arts. 798 ou 804 do CPC (se for cautelar) ou ao art. 273 do CPC (se for tutela antecipada satisfativa).

41. Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, do STF, no AI 245.703 AgR/SP, j. 16/12/1999, DJ de 25/02/2000.

Como se percebe, os dispositivos que estabelecem os requisitos para a concessão de um provimento de urgência inserem-se na legislação infraconstitucional, refugindo, pois, do âmbito do extraordinário.

A alegada afronta a qualquer dispositivo constitucional, nessas hipóteses, somente restará demonstrada pelo recorrente, após discorrer sobre requisitos que estão em normas de cunho infraconstitucional. Enfim, num caso como esse, para se demonstrar ofensa ao dispositivo constitucional ter-se-á, pela via oblíqua, que comprovar contrariedade a normas infraconstitucionais. Não é caso de recurso extraordinário, portanto. A propósito, cumpre lembrar o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal. Secunda-o Theotônio Negrão:

“A ofensa a preceito constitucional, para que autorize o recurso extraordinário, há de ser ‘direta e frontal’ (RTJ 107/661, 120/912, 125/705), ‘direta e não por via reflexa’ (RTJ 105/704; neste sentido: RTJ 105/1.279, 127/758, 128/886; STF-RT 640/229); ‘se para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso’ (RTJ 94/462; neste sentido: RTJ 60/294, 84/119, 103/188, 104/191, 141/980, 143/1.003), que, em tal hipótese, somente pode ser o especial”.⁴²

Tudo está a indicar, portanto, que de acórdão que defere ou confirma liminar não cabe recurso extraordinário (súmula do STF, n. 735) sob o fundamento exposto, sendo admissível, contudo, o recurso especial, caso realmente não estejam presentes os pressupostos para a concessão do provimento de urgência ou quando arrostada alguma regra que vede ou impeça a concessão da medida. Nesse caso, haverá ofensa ao dispositivo legal que estabelece os requisitos específicos para a concessão do provimento de urgência.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo no Agravo de Instrumento n. 762.445/TO, lembrando o entendimento do STF, consolidado no enunciado 735 de sua Súmula de Jurisprudência Predominante, concluiu não se poder afastar, de modo absoluto, o cabimento de Recurso Especial contra provimento de urgência, assentando não ser possível a revisibilidade, no âmbito de tal apelo excepcional, dos pressupostos da medida de urgência, dada sua precariedade e diante do óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ. Cabe, contudo, o Recurso Especial, quando impossível a medida de urgência ou em razão da violação a alguma regra que vede ou restrinja sua concessão.

É possível, porém, imaginar o cabimento de recurso extraordinário contra esse tipo de acórdão, fato que contraria o enunciado da súmula: pense-se no caso de acórdão que violasse regra de competência prevista na Constituição ou não tivesse fundamentação adequada (art. 93, IX, CF/88). Nesses casos, a despeito

42. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 1.299.

de tratar-se de acórdão sobre medida liminar, há possibilidade de utilização do recurso extraordinário para o STF.

9. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL RETIDOS (ART. 542, § 3º, CPC)

Prescreve o § 3º do art. 542 do CPC, que o recurso extraordinário ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, embargos à execução ou cautelar, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

Trata-se de recursos compulsoriamente retidos. Essa retenção obrigatória visa evitar que determinados recursos sejam julgados, se a matéria neles versada deixou de se revelar relevante ou necessária para a parte recorrente. É preciso examinar todos os elementos do tipo, para a correta aplicação do comando normativo.

a) Primeiramente, convém lembrar que a interposição de um recurso extraordinário (*lato sensu*) depende do esgotamento das vias ordinárias. Assim, não se pode falar, como o fez o legislador nesse dispositivo, que cabe recurso especial contra decisão interlocutória, pois contra esse tipo de decisão cabe o agravo de instrumento ou retido.

Assim, o texto do § 3º do art. 542 deve ser compreendido como se fizesse referência ao julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução. Aliás, o STJ já consagrou o entendimento de que é possível a interposição de recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento (enunciado n. 86 da súmula da sua jurisprudência predominante).

Bernardo Pimentel Souza entende que o § 3º do art. 542 deve ser aplicado, também, nos casos de recurso extraordinário/especial interpostos contra qualquer *acórdão interlocutório* (que não implique extinção do processo), mesmo tendo sido proferido “nas ações de competência dos tribunais regionais e estaduais, como as ações rescisórias, os mandados de segurança originários e as ações cautelares originárias”.⁴³ É o caso, por exemplo, do acórdão que indefere a realização de uma determinada prova em ação rescisória.

Em outras palavras, quando o dispositivo alude a decisão interlocutória, está a referir-se a *acórdão com conteúdo de decisão interlocutória*. Assim, por

43. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 618. Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 601.

exemplo, conhecida e provida apelação para anular sentença, o acórdão que assim concluiu ostenta conteúdo de decisão interlocutória, eis que haverá o retorno dos autos ao juiz de primeira instância para que seja proferida outra sentença, não havendo encerramento da atividade jurisdicional. No particular, o recurso especial ou extraordinário que fosse interposto haveria de ficar retido, porquanto está se voltando contra uma *decisão interlocutória*, ou seja, contra um acórdão com conteúdo de decisão interlocutória. Por outro lado, imagine-se a hipótese de o tribunal, no agravo de instrumento, reconhecer a ilegitimidade da parte e já extinguir o processo sem julgamento do mérito. Nesse caso, conquanto o acórdão tenha sido proferido em agravo de instrumento, não ostenta conteúdo interlocutório, *não* devendo ficar retido o recurso excepcional que venha a ser interposto.

Enfim, ao se referir a *decisão interlocutória*, o dispositivo está a aludir a *acórdão com conteúdo de decisão interlocutória*.

b) Não havia necessidade de referência expressa às decisões interlocutórias proferidas em embargos de execução, eis que é exemplo de processo de conhecimento. Deve ser ressaltada, ainda, a exclusão das decisões interlocutórias proferidas em processo de execução⁴⁴: assim, recurso extraordinário (*lato sensu*) interposto contra acórdão que julgar agravo de instrumento em tais situações não ficará obrigatoriamente retido nos autos, sendo processado imediatamente.

Por aí já se percebe que, em se tratando de processo de execução, o recurso especial ou extraordinário não ficará retido. A retenção somente se opera, se se tratar de processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução. Quanto a estes últimos, é de se observar que o dispositivo não se referiu a “embargos do devedor”, mas sim a “embargos à execução”, de sorte que todos os mecanismos que *embarguem* ou *suspendam* a execução incluem, ao que parece, na previsão. Assim, em se tratando de embargos do devedor, de embargos de terceiro, de embargos à arrematação e de embargos à adjudicação, deverá haver a retenção do recurso especial ou extraordinário que venha a ser intentado contra decisão interlocutória.

c) A redação legislativa não deixou claro qual é o momento em que o recorrente deve ratificar a interposição do recurso e pedir o seu processamento. Fala-se

44. Criticando a opção legislativa, Donaldo Arnelin: “Não há, realmente, porque se excluir o processo de execução daquele rol. Somente entendimento doutrinário superado poderia sustentar esta exclusão, a teor de uma suposta ausência de contraditório em tal processo. Mas basta atentar-se para a admissibilidade da exceção de pré-executividade para se reconhecer a possibilidade de decisões interlocutórias no seu bojo e, pois, a possibilidade de interposição de recursos contra estas” (“Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 205).

no prazo para a interposição do recurso/contrarrazões da decisão final. Duas dúvidas: i) é preciso entrar com recurso contra a *decisão final*, para que se peça o “destrancamento” do recurso anteriormente interposto? ii) qual é a *decisão final*?

A resposta à primeira pergunta é negativa. Não é indispensável a interposição de novo recurso, agora contra a decisão final, para que se peça o processamento do recurso anteriormente interposto e que ficara retido – até porque pode não ser cabível recurso contra essa *decisão final*. Se for o caso, basta a apresentação de simples petição confirmando a vontade de ver processado o recurso interposto⁴⁵. Se o recorrente não reiterar a interposição do recurso, não se opera o efeito devolutivo, não devendo a matéria ser conhecida pelo órgão *ad quem*. Na verdade, os recursos retidos têm efeito devolutivo *diferido*, somente sendo produzido quando houver reiteração. Não havendo reiteração, não há como ser conhecido o recurso, dada a falta de devolutividade da matéria.

Decisão final, para fim de aplicação do § 3º do art. 542 do CPC, é aquela contra a qual não mais cabe qualquer recurso ordinário; em outras palavras, *decisão final*, aqui, é aquela contra a qual somente cabe, em tese, recurso extraordinário ou recurso especial. No mais das vezes, a *decisão final* será o acórdão que julgar a apelação ou os embargos infringentes⁴⁶. A razão de ser da opção legislativa parece interessante: represam-se os recursos extraordinários interpostos durante o processamento nas instâncias ordinárias, para que todos subam em um mesmo momento – algo do tipo: se é para “incomodar” o Tribunal Superior, que se o faça de uma vez.

d) Mas a aplicação do dispositivo normativo não é tão simples. A doutrina e a jurisprudência têm identificado situações em que, a despeito de ter sido interposto contra acórdão com conteúdo de decisão interlocutória em processo de conhecimento ou cautelar, o recurso extraordinário (*lato sensu*) não ficará retido, devendo ser processado imediatamente.

45. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 622; CARNEIRO, Athos Gusmão. “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 125; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 602.

46. YARSELL, Flávio Luiz. “Ainda sobre a retenção dos recursos extraordinário e especial: meios de impugnação da decisão que a determina”. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2000, p. 160; CARNEIRO, Athos Gusmão. “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 125.

Bernardo Pimentel Souza adverte que: “o §3.º do art. 542 deve ser temperado *cum grano salis*. Tratando-se de recurso especial que versa sobre *tutela antecipada*”, não é possível a aplicação da regra de retenção. É que a retenção do especial que cuida antecipação de tutela torna o recurso absolutamente inútil. Daí a necessidade de processamento imediato do especial”. Na opinião do autor, o mesmo se pode dizer sobre o recurso excepcional que ataca decisão que determinou a suspensão do processo, pois “após a extinção do processo, a discussão acerca da suspensão fica prejudicada”. Conclui: essa regra não é absoluta⁴⁷.

José Carlos Barbosa Morcira, além dos casos em que houver risco de prejuízo irreparável, alerta, ainda, que o sobrestamento de tais apelos extremos deve ser evitado, nos casos em que vier a redundar em desperdício de atividade processual. “Assim, por exemplo, suscitando dúvidas sobre a competência, o melhor é resolver desde logo a questão, para evitar a eventual invalidação dos atos praticados por órgão que depois venha a ser declarado absolutamente incompetente”⁴⁸.

Também não se deve reter o recurso extraordinário, quando o acórdão do agravo de instrumento versar sobre questão que se desgarrou do processo que continua tramitando no juízo singular. Este tipo de questão foi examinado quando se tratou do problema do cabimento do agravo de instrumento ou retido contra decisões interlocutórias que a tenham por objeto (ver capítulo sobre o agravo, neste volume). Por exemplo: não haveria qualquer sentido na retenção de um recurso especial interposto por litisconsorte que fora excluído do processo (decisão interlocutória), que, nessa condição, não poderia reiterá-lo ulteriormente.

Se bem pensadas as coisas, é difícil imaginar hipóteses em que o recurso especial/extraordinário deva ficar retido quando interposto contra acórdão que julgar agravo de instrumento, tendo em vista a nova sistemática de cabimento desse último recurso. Como se viu em capítulo próprio, atualmente o agravo de instrumento somente pode ser utilizado quando houver urgência ou quando o regime do agravo retido for incompatível com a situação. Se há urgência, o recurso especial/extraordinário também não poderá ficar retido, conforme visto; se a retenção do recurso for inadequada, também não, como vimos. Assim, a aplicação do § 3º do art. 542 do CPC tende a restringir-se a casos de recurso especial/extraordinário interposto contra acórdão *interlocutório* proferido em causas de competência originária de tribunal (como, p. ex., aquele que indefere a produção de uma prova em ação rescisória) ou em julgamento de apelação contra sentença

47. Assim, STJ, 3ª Turma. MC n. 1659/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 08.11.1999; 5ª T., MC n. 4677/PE, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 04.11.2002.

48. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 619-620.

49. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 602.

terminativa, em que se negou a possibilidade de aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, determinando a devolução dos autos à primeira instância.

e) É preciso saber, ainda, qual o instrumento processual que deve ser utilizado para solicitar o processamento imediato do recurso obrigatoriamente retido.

O STJ tem admitido vários instrumentos para o pedido de processamento imediato do recurso especial retido: de ação cautelar a simples petição (“Discussões doutrinárias à parte, qualquer meio é idôneo para destrancar recurso especial indevidamente retido” (STJ, Pet n. 3.357, rel. Min. Franciulli Netto; no mesmo sentido, STJ, 4ª T., AgRg na Pet 6524 / PA, rel. Min. João Noronha, j. em 25.05.2010, publicado no DJe de 02.06.2010). No STF, admitiu-se a interposição de reclamação constitucional para determinar a imediata subida do recurso extraordinário retido na origem⁵⁰. Não há recurso previsto contra a decisão que determina a retenção do recurso extraordinário/especial interposto – nem é o caso de aplicação, por analogia, do agravo do art. 544, em razão da taxatividade dos recursos, muito embora o STJ, em vários precedentes, aceite o agravo⁵¹, entendendo, até mesmo, ser irrecorrível a decisão que dá provimento a tal agravo⁵².

Há, ainda, quem defenda que a determinação de retenção constitui mero expediente administrativo, podendo ser impugnado por simples petição, sem prazo específico. De fato, “a retenção do recurso especial nos autos (CPC, art. 542, § 3º) é da exclusiva alçada do Tribunal *a quo*, cuja decisão não tem caráter jurisdicional e pode ser reformada a qualquer tempo, naquela instância ou pelo Superior Tribunal de Justiça, por simples petição”⁵³. A determinação, a toda evidência, contém matiz

50. Rel 2510/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 05.12.2003, p. 45. Essa decisão monocrática foi referendada posteriormente pela 1ª Turma do STF (DJ de 21.05.2004, p. 43). Não admitindo a reclamação nem a ação cautelar, STJ, AGRRCL n. 1243/SP, 1ª Seção do STJ, rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 14.04.2003, p. 168.

51. Conferir, entre outros, o acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, MC 2.361/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 08/02/2000, DJ de 13/03/2000, p. 176; RSTJ 135/291.

52. “AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE DETERMINA O PROCESSAMENTO DE RECURSO ESPECIAL RETIDO. DESCABIMENTO. I – É irrecorrível a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento de recurso especial, retido na forma do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Aplicação, por extensão, do artigo 258, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. II – Ausente qualquer análise do mérito do apelo excepcional pela decisão que determina seu destrancamento, não há prejuízo à parte e, por consequência, inexistente interesse recursal. Agravo não conhecido” (Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, AgRg no Ag 553.951/PR, rel. Min. Castro Filho, j. 13.09.2005, DJ de 10.10.2005, p. 357).

53. Acórdão não unânime da 2ª Seção do STJ, RCL 781/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 12.06.2002, publicado no DJ de 16.09.2002, p. 134; RSTJ 159/292.

judicial, não ostentando feição administrativa. Parece não ser possível combater a retenção com simples petição⁵⁴.

Sem embargo da discussão doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento do meio de impugnação contra a retenção do recurso especial ou extraordinário, o certo é que, nesse caso, deve ser admitida a *fungibilidade* de medidas. Aliás, o STJ vem, no particular, aplicando o *princípio da fungibilidade* e aceitando todo e qualquer meio idôneo a tentar evitar a retenção do recurso. Tem sido aceita a medida cautelar, bem como o agravo de instrumento ou, até mesmo, uma simples petição, requerendo seja determinado o processamento imediato do recurso, afastando-se sua retenção.

10. SISTEMA DE ADMISSIBILIDADE DESDOBRADO

Como a generalidade dos recursos, o juízo de admissibilidade é bipartido. Interposto o recurso especial ou extraordinário perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem, a parte contrária será, imediatamente, intimada para oferecer contrarrazões, após o que deve uma daquelas autoridades apreciar a admissibilidade do recurso. Será, então, exercido o juízo *provisório* de admissibilidade.

No tribunal superior, é exercido o juízo *definitivo* de admissibilidade. Admitido que seja o recurso pelo presidente ou vice-presidente do tribunal local, o juízo provisório ali exercido não vincula o tribunal superior, que detém, como dito, o juízo definitivo de sua admissibilidade.

Caso o presidente ou vice-presidente do tribunal local não admita o recurso, cabe agravo para o respectivo tribunal superior (CPC, art. 544).

54. "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL RETIDO NA ORIGEM. ART. 542, § 3º CPC (REDAÇÃO DA LEI 9.756/98). REQUERIMENTO DE DESTRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO MEDIANTE SIMPLES PETIÇÃO ENDEREÇADA AO STJ. PRETENSÃO DE ADMISSÃO IMEDIATA DO RECURSO. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. I – A jurisprudência da Segunda Seção admite que seja solicitado, mediante simples petição dirigida a esta Corte, o processamento do recurso especial, cuja retenção tenha sido determinada com base no art. 542, § 3º, CPC. II – O processamento consiste no destrancamento da retenção, para permitir o oferecimento de contrarrazões pelo recorrido e o exercício do juízo prévio de admissibilidade na origem. III – Há impropriedade procedimental do pedido formulado, em petição, no sentido de que 'seja deferido e determinado o processamento *incontinenti* e imediato do recurso especial e remetidos os autos a esse C. Superior Tribunal de Justiça', que não poderá redundar em solução tão abrangente, posto que a admissão do recurso especial, seja ou não caso de retenção por força da lei, não prescinde do respectivo juízo de admissibilidade na origem. IV – Sendo a retenção fundamentada na ocorrência dos pressupostos abstratos da norma que o determina, o processamento imediato do recurso é medida de natureza excepcional, devendo subordinar-se à presença de requisitos justificadores, aferidos pela via da cautelar, garantindo-se a ampla defesa da parte contrária, partindo-se da premissa de que não é dado ao magistrado, em qualquer grau de jurisdição, escolher se cumpre ou não as determinações legais". (Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, AGP 1.755/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/11/2002, DJ de 19.12.2002, p. 364).

11. PERMITEM EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A interposição do recurso especial ou extraordinário não impede a execução provisória do julgado. Isso porque tais recursos, via de regra, não são dotados de efeito suspensivo. Interposto o recurso, poderá a parte contrária já promover a execução provisória do julgado, mediante petição dirigida ao juízo competente (CPC, art. 475-P) instruída com as cópias relacionadas no § 3º do art. 475-O do CPC. Tais cópias devem estar autenticadas, podendo o advogado declará-las autênticas. Não é mais necessário requerer a extração da parte de sentença para que, somente depois de extraída, se inicie a execução provisória: basta já promover a execução, mediante petição acompanhada daquelas cópias previstas no aludido dispositivo.

A proposta de extinção de velho procedimento cartorial foi de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que assim a explicou:

“A inovação... extingue a velharia da Carta de Sentença, instituto medieval, passado em nome do Rei ou Rainha reinante, subscrito pelo Escrivão, assinado pelo Juiz, e selada pelo Chanceler, ou quem suas vezes fizer.

No Brasil, até o advento da reprografia, ainda se justificava, pois era feita a bico de pena ou datilografada pelo escrivão (ou se ajudante) e assinada pelo juiz... Depois da introdução de meios técnicos mais modernos de reprodução de originais, só servia para aumentar desmesuradamente os trabalhos das secretarias dos tribunais e postergar ainda mais o início da execução provisória, pois em certos Estados da Federação chegava-se a exigir para sua expedição a decisão de admissão do recurso especial ou extraordinário (sabidamente sem efeito suspensivo)!”⁵⁵

Se a execução provisória puder causar lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente, este pode intentar uma medida cautelar, destinada a dar efeito suspensivo ao recurso excepcional. A medida cautelar somente pode ser ajuizada no tribunal superior, se já admitido o recurso (enunciado n. 634 da súmula do STF). Enquanto não admitido o recurso, a cautelar deve ser intentada perante o presidente ou vice-presidente do tribunal local (enunciado n. 635 da súmula do STF).⁵⁶

O STJ, em casos excepcionais, vem admitido a cautelar, antes mesmo de ser admitido o recurso especial⁵⁷. Não havendo excepcionalidade, a cautelar deve ser

55. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução de sentença*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 208-209.

56. A 3ª Turma do STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, ao julgar o AgRg na MC 15.889/RJ, admitiu medida cautelar com a finalidade de desfazer efeito suspensivo concedido a recurso especial pela Vice-Presidência do tribunal de origem, por não ser cabível outro meio de impugnação. Em item específico da ementa, asseverou-se que “É possível o controle, por medida cautelar proposta diretamente no STJ, da decisão do Tribunal de origem que conferiu efeito suspensivo a recurso especial. Essa decisão, que é proferida mediante exercício de poder delegado pelo Tribunal superior, não é passível de controle pelo órgão colegiado, em segundo grau”.

57. Conferir, entre outros, o acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, AgRg na MC 10.553/RJ, rel. Min. Tórci Albino Zavascki, j. 03/11/2005, DJ de 19/12/2005, p. 208.

ajuizada no tribunal local, se o recurso especial ainda não foi admitido. Já admitido, a cautelar deve ser dirigida ao STF. O STF, também em casos excepcionais, vem admitindo a cautelar antes mesmo de admitido o recurso extraordinário.⁵⁸

O recurso extraordinário, para ser admitido, deve ostentar repercussão geral. E, nos termos do art. 543-B do CPC, é possível realizar-se, em causas repetitivas, o julgamento *por amostragem*, de sorte que se seleciona um deles para julgamento, devendo os demais ficar sobrestados, enquanto o recurso *amostra* não for julgado. Julgado o recurso *amostra*, os demais – que ficaram sobrestados – deverão seguir o mesmo resultado. Caso haja alguma urgência em relação a um dos casos deduzidos num dos recursos que está sobrestado, é inquestionável que cabe a cautelar, mas tal cautelar deve ser intentada perante o Tribunal local ou o STF? Como aplicar os enunciados 634 e 635 da Súmula do STF aos casos contidos nos recursos extraordinários que ficaram sobrestados?

Na verdade, quando se adota o regime das demandas de massa, com o julgamento *por amostragem* dos julgamentos repetitivos, o caso está afetado ao STF. Os demais recursos – que ficaram sobrestados – aguardam solução daquele recurso *amostra*. É bem verdade que, no tocante a tais recursos sobrestados, não há, enquanto perdurar o sobrestamento, o exercício do juízo de admissibilidade. Rigorosamente, e seguindo-se a literalidade dos referidos enunciados 634 e 635 do STF, a cautelar haveria de ser proposta perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem. Acontece, porém, que, no caso do julgamento por *amostragem*, a sistemática distancia-se um pouco do regime tradicional dos processos individuais. Escolhido um dos recursos e sobrestados os demais, a questão está pendente de apreciação no STF. A questão passa, em outras palavras, a *concentrar-se* no STF. Logo, a cautelar não deve ser intentada no tribunal local, mas no STF. Significa que uma cautelar relativa a um dos recursos sobrestados haverá de ser ajuizada perante o STF, e não perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem. A propósito, cumpre ceder a palavra ao Ministro Eros Grau, do STF, que, ao conceder liminar na AC 2.019/PR, assim se manifestou:

“12. O Tribunal paranaense não procedeu ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário interposto. 13. A reforma processual que incluiu a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário trouxe novos aspectos a serem considerados para fins de conhecimento das ações cautelares de competência desta Corte. 14. A declaração de existência de repercussão geral implica o sobrestamento dos recursos extraordinários nos Tribunais de origem [art. 543-B, § 1º do CPC]. 15. A questão de fundo do extraordinário interposto pelo Ministério

58: Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, AC 1550/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.2007, DJ de 18.05.2007, p. 103.

Público – fornecimento de medicamentos pelo Poder Público – foi declarada de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 566.471, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJE de 3.3.08. 16. O requerente informa que a jurisdição cautelar do Tribunal local esgotou-se. 17. O *periculum in mora* é indiscutível, na medida em que se cuida, no caso, do fornecimento de material médico para tratamento de saúde contínuo de menor acometida de diabetes. 18. O sobrestamento dos recursos extraordinários no Tribunal a quo impede o juízo de admissibilidade. A conjugação dos demais aspectos da causa [existência de repercussão geral da matéria reconhecida pelo Supremo, esgotamento da jurisdição cautelar do Tribunal a quo e *periculum in mora* comprovado] permite se já conhecida a ação cautelar para que se conceda o efeito suspensivo aqui pleiteado. 19. Trata-se aqui de prestigiar o que a doutrina denomina de “função jurídica da tutela cautelar”, traduzida no precedente da QO-AC n. 1810, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 31.10.2007: “E M E N T A: 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 – DOCTRINA – 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.”

Como se vê, no caso de sobrestamento de recursos extraordinários, previsto no art. 543-B do CPC, a competência para processar e julgar a cautelar destinada a agregar efeito suspensivo a um deles é do STF, e não do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem. O mesmo se diga quanto aos recursos especiais sobrestados com base no art. 543-C do CPC, enquanto se aguarda o julgamento *por amostragem* do recurso especial escolhido. Nessa situação, a cautelar deve ser ajuizada no STJ, e não no tribunal local.

Não foi esse, contudo, o entendimento adotado pelo Plenário do STF, ao analisar questão de ordem na Ação Cautelar 2.177. Por maioria de votos, os ministros entenderam que compete ao tribunal onde foi interposto o RE conhecer e julgar ação cautelar, podendo conferir efeito suspensivo, quando for reconhecida repercussão geral sobre a questão e sobrestado recurso extraordinário admitido ou não na origem. Por consequência, o STF considerou-se incompetente para analisar a matéria e determinou a devolução dos autos ao STJ, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carmen Lúcia Antunes Rocha. Segundo esse entendimento manifestado pelo Plenário do STF, havendo urgência no tocante a um dos casos deduzidos num dos recursos sobrestados, a cautelar deve ser intentada perante o Tribunal de origem. Em outras palavras, o STF entendeu que os enunciados 634 e 635 de sua Súmula de Jurisprudência aplicam-se também aos casos contidos nos recursos extraordinários que ficaram sobrestados.

12. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

12.1. Generalidades. O n. 456 da súmula do STF. O exame de questões de ordem pública e de outras questões não enfrentadas pelo tribunal recorrido

Exige-se, nos recursos excepcionais, o prequestionamento da questão de direito que se pretenda levar à apreciação dos tribunais superiores, conforme já visto.

Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 267 e a prescrição ou decadência), bem como de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, relacionadas ao capítulo decisório objeto do recurso extraordinário, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido.

Perceba-se: não é possível que uma dessas questões seja objeto (causa de pedir/pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o prequestionamento, mas, uma vez examinado o recurso, que, por exemplo, tenha outro fundamento, os tribunais superiores poderão aplicar o § 3º do art. 267 do CPC e os arts. 193, 210 e 211 do Código Civil, reconhecendo as questões processuais, a prescrição ou a decadência, bem como todas as demais questões relevantes para o julgamento da causa. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta.

A solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o enunciado 456 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal:

“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. No mesmo sentido, o art. 257, RISTJ⁵⁹, e o art. 324, RISTF.⁶⁰ É como afirma Barbosa Moreira: “Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga ‘a causa’...”⁶¹.

Assim, poderá o STF/STJ analisar matéria que não foi examinada na instância *a quo*, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade. O juízo de rejuízo da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário: para que se admita o recurso é indispensável o prequestionamento, mas, uma vez admitido, no juízo de rejuízo não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no *julgamento* de um recurso excepcional; o “excepcional” em um recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento.

A lição de Bernardo Pimentel Souza merece ser transcrita integralmente:

“Segundo o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, e o art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conhecido o recurso especial julga-se a causa, com a aplicação do direito à espécie. Os textos constitucional e regimental revelam que o Superior Tribunal de Justiça é uma corte de *revisão*, e não de mera *cassação* – própria dos sistemas italiano e francês. Sendo corte de revisão, e após o conhecimento do recurso especial, tudo indica que o Superior Tribunal de Justiça pode examinar questão de fato – frise-se – ainda não solucionada, e cujo exame é essencial para o julgamento do caso concreto”.⁶²

59. “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

60. “No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

61. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 596.

62. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 634. “Por isso, o que se visualiza nas recentes decisões do STF e do STJ é a redescoberta do efeito translativo, em função do dimensionamento do conteúdo da Súmula 456 do STF. Deve-se destacar que esse efeito proveniente do recurso não é só fruto da Súmula em debate, mas de toda uma construção lógica entre o caminho do juízo de admissibilidade e o de mérito. E, numa última análise argumentativa, a restrição unicamente às questões alegadas e discutidas nos autos é prejudicial ao sistema como um todo e incongruente, pois por que os Tribunais inferiores têm o condão de decretar a questão de ordem pública e o STF e o STJ não podem, se a

Essa percepção é o cerne para compreender os principais problemas relacionados aos recursos extraordinários.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3º do art. 267 do CPC, “porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescente-se], profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial”⁶³. Esse, aliás, é o entendimento já firmado no âmbito da 2ª Turma do STJ, assim expressado: “1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento. 2. Excepciona-se a regra se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial. Precedentes da Turma”⁶⁴. É com base nessa premissa que se permite ao STJ fazer controle de constitucionalidade, no julgamento do recurso especial, da lei que se reputa ofendida (ver item abaixo).

Bastante elucidativo este acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “Conhecimento. Aplicação do direito à espécie (Súmula 456 – STF e RISTJ, art. 257). Amplitude. I – Caracterizando o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. II – No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. III

matéria é de total relevância? É razoável e proporcional o raciocínio?” (GÔES, Gisele. “Recursos especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal?” *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 22, p. 63); Aderindo expressamente ao posicionamento aqui defendido, FÉRES, Marcelo Andrade. “Da alegação e do reconhecimento da prescrição no âmbito dos recursos especial e extraordinário (análise a partir da Lei n. 11.280/06)”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 72 e segs.

63. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 342. O texto entre colchetes é nosso.

64. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 789.062/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 28/11/2006. DJ de 11/12/2006, p. 343.

– Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (STJ, CPC, art. 267, VI). (REsp n. 36.943-6-RS, rel. Pádua Ribeiro, j. 17.11.1993, DJ 06.12.1993)”⁶⁵.

Também assim, o mesmo Superior Tribunal de Justiça: 1ª. T., REsp n. 609.144/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.05.2004; 2ª. T., REsp 466.861-SP, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17.6.2004. No exato sentido do texto, REsp n. 869.534-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27.11.2007: “O recorrente opôs exceção de pré-executividade, ao alegar ser parte ilegítima para figurar na ação, mas o juiz a tachou de incabível, ao entender ser caso de defesa mediante embargos à execução. Anote-se que, de forma alguma, adentrou o mérito da questão. Houve agravo de instrumento e o Tribunal não só entendeu cabível a exceção como julgou o mérito em desfavor do próprio recorrente, em claro *error in procedendo*. Sucede que não houve recurso dessa parte, pois o recorrente insurgiu-se quanto a outras questões referentes ao mérito, todas prequestionadas. Diante disso, a Turma entendeu conhecer do recurso, mas, ao aplicar o direito à espécie, reconheceu a existência de julgamento *extra petita* e *reformatio in pejus* e, por isso, anulou, de ofício, o acórdão recorrido. *Anotou-se que, superado o juízo de admissibilidade, o REsp tem efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo; a possibilidade de o órgão julgador conhecer, de ofício, as questões de ordem pública*. Precedentes citados: REsp 609.144-SC, DJ 24/5/2004; REsp 641.904-DF, DJ 6/2/2006, e REsp 814.885-SE, DJ 19/5/2006”.

No mesmo sentido, STJ, 1ª T., REsp n. 1.080.808/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.05.2009, publicado no DJ de 03.06.2009: “1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005. 2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, porquanto cumpre ao Tribunal “julgar a causa, aplicando o direito à espécie” (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF)”.

No julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004⁶⁶, o STF decidiu, por maioria, admitir a possibilidade de julgar o

65. Ver, por todos, com várias citações doutrinárias e jurisprudenciais, a completa exposição de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 336-342.

66. Também neste sentido, RE n. 300.020, rel. Min. Sepúlveda Pertence, ata publicada no DJ de 24.10.2003.

recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). Esta é a postura correta, que corrobora tudo o quanto aqui foi dito.

Excelente precedente do STJ, em que o tema foi examinado com minudência e erudição raras e elogiáveis, merece ter a sua ementa transcrita:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVENTÁRIO. PRECLUSÃO. MATÉRIA SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. PREQUESTIONAMENTO A CARGO DO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. (...)

2. (...)

3. Hipótese em que não se cuida de regra técnica de admissibilidade de recurso especial, mas de divergência acerca de questão de direito processual civil relativa aos limites da devolutividade do recurso especial após o seu conhecimento, quando o STJ passa a julgar o mérito da causa.

4. Alegados pela parte recorrida, perante a instância ordinária, dois fundamentos autônomos e suficientes para embasar sua pretensão, e tendo-lhe sido o acórdão recorrido integralmente favorável mediante a análise de apenas um dele, não se há de cogitar da oposição de embargos de declaração pelo vitorioso apenas para prequestionar o fundamento não examinado, a fim de preparar recurso especial do qual não necessita (falta de interesse de recorrer) ou como medida preventiva em face de eventual recurso especial da parte adversária.

5. Reagitado o fundamento nas contrarrazões ao recurso especial do vencido, caso seja este conhecido e afastado o fundamento ao qual se apegara o tribunal de origem, cabe ao STJ, no julgamento do caso (Regimento Interno, art. 257), enfrentar as demais teses de defesa suscitadas na origem.

6. Embargos de divergência providos”⁶⁷.

Recentemente, contudo, o STJ alterou seu entendimento. No julgamento do AgRg nos EREsp 999.342/SP, rel. Min. Castro Meira, sua Corte Especial entendeu não ser possível examinar questões de ordem pública, caso não haja o indispensável prequestionamento. Afirmou-se que, ainda que tenha o recurso sido admitido por outro fundamento, não será possível examinar uma questão de ordem pública ou um fato superveniente, se não houver prequestionamento a

67. 2ª S., EREsp n. 595.742/SC, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 14.12.2011, publicado no DJe de 13.04.2012.

seu respeito. Mais recentemente, sua 2ª Turma, seguindo aquele precedente da Corte Especial, confirmou que “mesmo as matérias de ordem pública precisam ser prequestionadas”. (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 32.420/PB, rel. Min. Humberto Martins, j. 21/6/2012, *DJe* 28/6/2012).

A superação do entendimento anterior é lamentável, pois se resgata orientação retrógrada, que conspira contra o acesso à justiça e contra a efetividade da tutela jurisdicional. Também é lamentável tal superação, por contrariar entendimento consolidado de há muito e compendiado em enunciado da súmula do STF. Só há, neste último precedente da 2ª Turma do STJ, um ponto elogiável. É que a 2ª Turma, em tal precedente, seguiu a orientação firmada pela Corte Especial, valorizando o precedente e revelando preocupação com a estabilização da jurisprudência. O que merece, entretanto, destaque é a mudança de entendimento, com a superação da jurisprudência que, aplicando o enunciado 456 da Súmula do STF, concluía pela possibilidade de, uma vez admitido o recurso especial, ser examinada toda a causa, aí incluídas as questões de ordem pública.

12.2. As questões supervenientes. O art. 462 do CPC aplicado aos recursos extraordinários

Segundo dispõe o art. 462 do CPC, o juiz deve, de ofício ou a requerimento, levar em conta, no momento do julgamento, os fatos supervenientes que constituam, modifiquem ou extingam direitos. O tema foi examinado com mais vagar no v. 2 deste *Curso*. Neste momento, cabe o exame da aplicação desse dispositivo no julgamento de recursos extraordinários.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça mantém antigo e firme entendimento no sentido de que *deve* o tribunal apreciar, de ofício inclusive, o direito superveniente, aplicando o art. 462 do CPC⁶⁸, sendo, inclusive, cabíveis embargos de declaração para suprir a omissão quanto à aplicação do direito superveniente⁶⁹.

Enfim, entende o Superior Tribunal de Justiça que deve o tribunal, de acordo com o art. 462 do CPC, apreciar, de ofício inclusive, o direito superveniente⁷⁰, *não*

68. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 5.708/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1º/9/1991, *DJ* de 30/9/1991, p. 13.464. No mesmo sentido: acórdão da 3ª Seção do STJ, MS 14.647/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/4/2012, *DJe* 3/9/2012. Também no mesmo sentido: acórdão da 4ª Turma do STJ, REsp 1.074.838/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/10/2012, *DJe* 30/10/2012.

69. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 734.661/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 18/8/2005, *DJ* de 12/9/2005, p. 303.

70. Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 129.446/ES, rel. Min. Felix Fischer, j. 10/11/1998, *DJ* de 22/2/1999, p. 119. No mesmo sentido: acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 157.701/AM, rel. Francisco Peçanha Martins, j. 18/4/2000, *DJ* de 19/6/2000, p. 128. Também no mesmo sentido: acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 432.561/RS, rel. Min. José Delgado, j. 13/8/2002, *DJ* de 23/9/2002,

se alterando a causa de pedir – posição não defendida por este *Curso*, conforme visto no v. 2 –⁷¹, quando se invoca *apenas* norma nova, *sem* alteração dos fatos⁷².

Em reiteradas decisões, o STJ vem reafirmando que, nas instâncias ordinárias, o direito superveniente deve ser aplicado, de ofício, pelo juiz ou tribunal, na forma do art. 462 do CPC⁷³. Resta investigar se é possível tal aplicação em sede de recurso especial e de recurso extraordinário⁷⁴.

Consoante já restou acentuado no item anterior, o STF e o STJ não constituem Cortes de Cassação. Ao examinarem o recurso especial e o recurso extraordinário, os referidos tribunais superiores *julgam* a causa, reformando ou anulando a decisão recorrida. Uma vez conhecido do recurso extraordinário e do recurso especial, o respectivo julgamento opera a substituição do acórdão recorrido (CPC, art. 512), dando solução final ao caso erigido ao crivo do Poder Judiciário. Diante do enunciado 456 da Súmula do STF, o tribunal superior, uma vez conhecendo do recurso excepcional, poderá examinar *toda* a causa, com profundidade, cabendo-lhe, inclusive, apreciar questões de ordem pública.

É nesse contexto que se *permite* ao tribunal superior a análise de fatos ou direitos supervenientes. Se o direito sobrevém *antes* de encerrado o julgamento no tribunal local, *somente* poderá ser objeto de análise pelo STJ, se houver o *prequestionamento* do direito superveniente⁷⁵.

p. 280. *Ainda no mesmo sentido*: acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 438.623/SC, rel. Min. Fclix Fischer, j. 10/12/2002, DJ de 10/3/2003, p. 288.

71. No mesmo sentido do que se defende no v. 2 deste *Curso*, considerando possível que um fato superveniente, em determinadas circunstâncias e observadas normas processuais próprias, possa ser levado em conta quando modificada a causa de pedir, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

72. Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, EDcl nos EDcl no REsp 18.443/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29/6/1993, DJ de 9/8/1993, p. 15.228. *No mesmo sentido*: acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 497.894/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 4/3/2004, DJ de 26/4/2004, p. 194. *Também no mesmo sentido*: acórdão unânime da 6ª Turma do STJ, REsp 440.901/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/4/2004, DJ de 21/6/2004, p. 263. *Ainda no mesmo sentido*: acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 488.326/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 3/2/2005, DJ de 28/2/2005, p. 191.

73. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, EDcl no REsp 658.689/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 16/8/2005, DJ de 5/9/2005, p. 240. *No mesmo sentido*: acórdão da 1ª Turma do STJ, AgRg no Ag 1.330.124/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/5/2012, DJe 23/5/2012.

74. Sobre o tema, consultar: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Superior Tribunal de Justiça – possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – Resolução do Senado – crédito-prêmio de IPI (parecer). *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, agosto 2006, v. 131, p. 104-126.

75. “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGAÇÃO DE DIREITO SUPERVENIENTE AFASTADA.

1. Se o alegado direito superveniente surgiu antes do julgamento da apelação, era imprescindível, para fins de recurso especial, sua apreciação pelo tribunal recorrido, provocado, se fosse o caso, por embargos de declaração, sem o que configurou-se a ausência de prequestionamento.

Sobrevindo, todavia, o direito, *quando já interposto* o recurso especial, deve, sim, o STJ apreciá-lo, *desde que* seja conhecido ou admitido o recurso especial. Uma vez admitido o recurso especial, estará, como visto, aberta a jurisdição do STJ, que deverá rejulgar a causa, apreciando toda a situação pertinente com o caso. Além do mais, como é cediço, cabe ao Judiciário resolver o mérito, levando em consideração o momento do julgamento, razão pela qual se impõe julgar a causa com base no contexto atual, existente no instante da entrega da prestação jurisdicional. Nessas hipóteses, *o art. 462 do CPC também se aplica às instâncias extraordinárias*, cabendo ao STF e ao STJ levar em conta o direito superveniente, desde que, não custa repetir, tenha o direito sobrevindo quando já interposto o recurso excepcional e caso este seja admitido, ensejando-se o *rejulgamento* da causa⁷⁶.

Em alguns casos, o STJ entendeu não ser possível a aplicação de direito superveniente em recurso especial. Na verdade, muitos dos precedentes dizem respeito ao art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 que, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º e 160, I, ambos do CTN, restou por conferir-lhes nova tessitura, inovando no plano normativo. Da análise de tais precedentes percebe-se que o STJ, em verdade, não aceita a aplicação *retroativa* do direito superveniente. E assim entende com acerto, na medida em que a aplicação do direito superveniente encontra balizas no *princípio da irretroatividade das leis*, de sorte que somente se aplica o direito superveniente, desde que não haja ofensa ao ato jurídico perfeito nem ao direito adquirido. Ademais, em tais casos, o direito superveniente contém novas exigências não demonstradas pela parte autora em sua petição inicial, não se enquadrando na moldura traçada pela causa de pedir. Inviável, então, a aplicação do direito superveniente.

2. Agravo regimental desprovido." (acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, AgRg no Ag 456.538/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17/6/2003, DJ de 4/8/2003, p. 232).

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SUPERVENIENTE. JUROS MORATÓRIOS. CPC, ART. 462. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA N. 211-STJ.

1. Calcado o recurso especial da autora na aplicação de Direito superveniente ao acórdão, qual seja, a incidência de juros moratórios com base na Lei n. 9.250/95, a provocação do tema na instância regional mediante embargos declaratórios deveria ter sido feita sob o enfoque do art. 462 do CPC, norma que somente veio a ser ventilada por ocasião da interposição do recurso especial, sem que houvesse, portanto, o necessário prequestionamento.

II. Incidência, na espécie, da Súmula n. 211 do STJ.

III. Agravo regimental desprovido." (acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, AgRg no Ag 149.270/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17/12/1998, DJ de 10/5/1999, p. 136; RSTJ 123/137).

76. Nesse sentido: acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 156.752/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 8/6/1999, DJ de 28/6/1999, p. 117. No mesmo sentido: acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 77.247/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22/10/1996, DJ de 3/2/1997, p. 719.

A questão, nesses casos julgados, não se resolve pela *aplicação do direito superveniente* de que trata o art. 462 do CPC. Por isso, o STJ, nesses casos, entende não ser aplicável o direito superveniente em recurso especial. A solução para tais casos repousa no direito intertemporal, eis que, na esteira do entendimento firmado pela 1ª Seção do STJ, *“a lei aplicável à compensação de espécies tributárias é aquela vigente à época do ajuizamento da ação, não podendo ser julgada a causa à luz do direito superveniente”*⁷⁷. O que não tem sido admitida, em tais casos, pela 1ª Seção do STJ, é a aplicação retroativa do direito superveniente. Realmente, entende o STJ ser *“inviável, no âmbito do recurso especial, não apenas a aplicação retroativa do direito superveniente, mas também a apreciação da causa à luz de seus preceitos, os quais, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias”*⁷⁸.

Atualmente, entretanto, a jurisprudência do STJ não admite a apreciação de direito ou fatos supervenientes, quando surgidos depois de interposto o recurso especial, haja vista a falta de prequestionamento. Em outras palavras, segundo o entendimento atual do STJ, o direito ou os fatos superveniente podem ser apreciados em recurso especial ou extraordinário, desde que haja o indispensável prequestionamento⁷⁹.

Não nos parece acertado tal entendimento atual do STJ. Se o recurso especial foi admitido ou conhecido, é possível apreciar *toda* a causa, inclusive a alegação de direito ou fato superveniente. Na verdade, o direito ou o fato superveniente pode, inclusive, ser apreciado de ofício, desde que conhecido o recurso por qualquer fundamento.

12.3. Os enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência predominante do STF

Nos termos do enunciado n. 292 da súmula de jurisprudência do STF, “Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no

77. Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, EREsp 235.485/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 24/8/2005, DJ de 19/9/2005, p. 178.

78. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 747.324/PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 6/12/2005, DJ de 19/12/2005, p. 257. *No mesmo sentido*: acórdão não unânime da 1ª Seção, EREsp 215.837/SP, rel. Min. José Delgado, rel. p/acórdão Min. Franciulli Netto, j. 25/8/2004, DJ de 15/8/2005, p. 210. *Em igual sentido*: acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, AgRg nos EREsp 677.914/PB, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23/11/2005, DJ de 5/12/2005, p. 212. *Também no mesmo sentido*: acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, AgRg nos EREsp 642.509/PE, rel. Min. Castro Meira, j. 28/9/2005, DJ de 10/10/2005, p. 215.

79. Acórdão da 1ª Turma do STJ, REsp 1.109.048/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 16/11/2010, DJe 14/12/2010. *No mesmo sentido*: acórdão da 3ª Turma do STJ, AgRg no Ag 1.355.283/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26/4/2011, DJe 4/5/2011. *Ainda no mesmo sentido*: acórdão da 3ª Turma do STJ, REsp 971.026/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15/2/2011, DJe 2/3/2011.

art. 101, III, da Constituição⁸⁰, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros”. Já o enunciado n. 528 da mesma súmula do STF tem o seguinte teor: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a *quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.

Cumpra registrar que tais enunciados são aplicáveis não somente em caso de recurso extraordinário, mas igualmente em recurso especial. Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, “a Súmula 528 do Colendo STF é aplicável, também, ao Recurso Especial”.⁸¹

Antes mesmo de discorrer sobre o conteúdo de tais enunciados, impõe-se, para facilitar a explicação, aventar um exemplo: imagine-se que o autor propôs uma demanda, postulando a resolução do negócio jurídico, a condenação do réu a perder o sinal pago e a reintegração da posse do bem. Imagine-se, ainda, que a sentença julgou procedentes todos os pedidos, daí seguindo apelação que impugna toda a sentença. O tribunal, ao conhecer do recurso, resolve, por unanimidade, dar-lhe parcial provimento, a fim de afastar a condenação do réu à devolução do sinal, mantendo a sentença nos demais capítulos.

Contra esse acórdão o réu interpõe recurso especial, impugnando a resolução do contrato por existir contrariedade a dispositivo de lei federal (CF/88, art. 105, III, a) e, quanto à reintegração da posse do bem, alega haver divergência jurisprudencial (CF/88, art. 105, III, c).

Suponha-se que, nesse caso, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem admite o recurso especial pela letra *a*, inadmitindo-o pela letra *c*.

Nesse mesmo exemplo, considere-se que o réu tenha interposto recurso especial, impugnando, apenas, a reintegração da posse do bem, alegando não somente a contrariedade a dispositivo de lei federal (CF/88, art. 105, III, *a*), mas também a divergência jurisprudencial (CF/88, art. 105, III, *c*).

Suponha-se igualmente que, nessa hipótese, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem admita o recurso especial pela letra *a*, inadmitindo-o pela letra *c*.

80. O art. 101, III, citado no enunciado sumulado, é da Constituição Federal de 1946, correspondendo aos arts. 102, III, e 105, III, da atual Constituição Federal de 1988.

81. Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 125.993/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 19.8.1997, publicado no DJ de 29.9.1997, p. 48.279.

De acordo com a literalidade do que consta dos enunciados 292 e 528 da Súmula do STF, não seria necessária, nem útil, em ambos os casos, a interposição de agravo. E isso porque, admitido o recurso por um dos fundamentos, cabe ao tribunal superior apreciar tudo que fora nele alegado.

Acontece, porém, que a primeira hipótese aventada difere da segunda.

No primeiro caso, o recurso impugna capítulos diferentes, tendo sido admitido apenas em relação a um deles. Não admitido o recurso quanto ao outro capítulo, deve a parte interpor agravo, sob pena de operar-se o trânsito em julgado, com produção de coisa julgada material, a impedir o reexame pelo tribunal superior desse capítulo inadmitido. Literalmente, não é isso que se extrai do enunciado 528 da Súmula do STF, ao referir a “partes autônomas”. É imperioso, contudo, afastar essa dicção literal, sob pena de restar violada a garantia constitucional da coisa julgada⁸².

Se o capítulo impugnado do acórdão recorrido tiver mais de um fundamento, e o recurso extraordinário controverter todos eles, o conhecimento parcial deste recurso pelo juízo *a quo* não impede que o STF ou o STJ examine o capítulo impugnado, conhecendo os demais fundamentos, em razão da profundidade do efeito devolutivo do recurso excepcional. Neste caso, o recurso foi admitido para a reapreciação do capítulo impugnado, rejeitando o juízo *a quo* alguns dos fundamentos, o que não impedirá o STF ou o STJ de enfrentá-los, até porque o recurso, afinal, foi conhecido e o capítulo impugnado ainda não transitou em julgado. Exatamente porque ainda não há coisa julgada, pode o STF reexaminar o capítulo impugnado amplamente.

A situação é bem diferente quando o recurso extraordinário não é admitido na origem em relação a um dos capítulos impugnados, como no exemplo – já aventado – em que se impugnou a resolução do contrato e a reintegração da posse do bem, tendo o recurso sido admitido apenas em relação a um desses capítulos.

Veja outro exemplo: imagine um recurso extraordinário que impugne o capítulo condenatório principal e o capítulo da condenação em honorários advocatícios. É possível que o recorrente impugne ambos os capítulos, discutindo diversos fundamentos, cada qual relacionado a um dos capítulos impugnados.

Se o juízo *a quo* não conhece do recurso extraordinário em relação ao capítulo condenatório principal, admitindo-o, porém, em relação ao capítulo da verba ho-

82. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa “Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2003, n. 111, p. 293.

norária, cabe ao recorrente interpor agravo (art. 544 do CPC) contra essa decisão, sob pena de o capítulo principal transitar em julgado.

Neste caso, o STF não pode, ao julgar o recurso extraordinário que foi admitido para a rediscussão do capítulo relativo aos honorários advocatícios, examinar o capítulo condenatório principal, que, em razão da coisa julgada, somente poderá ser revisto em ação rescisória. Houve trânsito em julgado de um dos capítulos da decisão. Não incide o enunciado n. 528 da súmula do STF, que tem como pressuposto implícito, sob pena de afronta à coisa julgada, que o capítulo recorrido não esteja imunizado pela coisa julgada material.

Não se pode ignorar lição antiga vista no capítulo sobre a teoria dos recursos: a extensão do efeito devolutivo (delimitada pelo recorrente) limita a sua profundidade. Os fundamentos que “sobem” com o recurso extraordinário são aqueles relacionados ao capítulo que não transitou em julgado.

“Na realidade” – diz Gustavo Felipe Barbosa Garcia – “estas súmulas só deveriam ser aplicadas na hipótese de um mesmo capítulo da decisão ser objeto de recurso, com mais de um fundamento”⁸³. E, prossegue o autor para concluir que o enunciado 528 da Súmula do STF, “apesar de mencionar, de forma expressa, ‘partes autônomas’ da ‘decisão’, afasta a necessidade de interposição de agravo de instrumento, parecendo, com a devida vênia, não atentar para a questão aqui analisada, relativa ao trânsito em julgado dos capítulos autônomos da decisão, em razão do recurso extraordinário (ou do recurso especial) respectivo ter seu seguimento negado através de decisão (interlocutória) do órgão *a quo*, eis que não impugnada. Não custa frisar que partes autônomas da decisão, como o próprio nome já diz, sem dúvida significam os mencionados capítulos do provimento jurisdicional”⁸⁴.

É bem de ver que a tese de que o efeito devolutivo dos recursos extraordinários tem ampla profundidade (efeito translativo) é reforçada pelo enunciado n. 528 da Súmula do STF.

Algumas observações ainda são necessárias.

a) Note-se que este enunciado consagra entendimento segundo o qual ao recurso extraordinário deve ser aplicada a regra de devolução ao tribunal *ad quem* das questões incidentes que foram suscitadas na instância de origem. Aplicam-se as regras do §§ 1º e 2º do art. 515, do CPC, que cuidam da apela-

83. “Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado”, cit., p. 294.

84. “Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado”, cit., p. 295.

ção. Não há de estranhar o fato, já que, por tradição, o nosso Direito positivo confere ao regramento da apelação a função de parte geral dos recursos. É por isso que as regras sobre efeito devolutivo (extensão e profundidade), reguladas no mesmo art. 515, únicas existentes no Direito processual civil brasileiro, são sempre utilizadas quando se pretende resolver as intrincadas questões derredor do assunto.

b) O enunciado n. 528 da súmula do STF prescreve que o recebimento do recurso extraordinário no tribunal *a quo*, por um dos fundamentos, não impede que o STF examine os demais fundamentos, independentemente da interposição de agravo contra a decisão de inadmissibilidade parcial.

A regra é bem razoável e está de acordo com a ideia, que merece ser acolhida, de que o STF (e o STJ por extensão) deve rejulgar a causa, conhecendo de todos os fundamentos suscitados e relevantes para a solução da controvérsia⁸⁵.

13. PREPARO

Segundo o art. 112 do Regimento Interno do STJ, não seriam devidas custas no processo de sua competência originária ou recursal. Em razão disso, não se exigiam custas no recurso especial; apenas se exigia o recolhimento das despesas postais.

A Lei Federal n. 11.636/2007 passou, contudo, a prever custas nos processos que tramitem no STJ. Tal diploma legal regulamentou o regime de custas no STJ, esclarecendo que há preparo no recurso especial, pois somente o dispensou em certos processos de competência originária ou recursal (art. 7º). Note que o legislador estabeleceu que quando se tratar de recurso, o recolhimento do preparo, composto de custas e porte de remessa e retorno, será feito no tribunal de origem, perante as suas secretarias e no prazo da sua interposição (art. 10). Deixou claro, também, que a comprovação do preparo deve ser feita contemporaneamente à interposição do recurso (par. ún. do art. 10), ratificando a exigência do art. 511 do CPC e o enunciado n. 187 da súmula do STJ: “É deserto o recurso interposto

85. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que admitiu recurso extraordinário na origem, pela alínea ‘b’ (CF, art. 102, III), interposto com indicação, unicamente, da alínea ‘a’. Aplicação do princípio contido nas Súmulas 292 e 528: uma vez admitido o recurso, todas as questões suscitadas ficam submetidas a esta Corte. Agravo de instrumento prejudicado.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, AI 134.310/PE, rel. Min. Paulo Brossard, j. 17/4/1990, DJ de 23/8/1991, p. 11.265). “(...) I – Se o recurso especial, interposto por vários fundamentos, foi admitido somente por um, o STJ poderá conhecer qualquer dos outros. A decisão do Tribunal *a quo*, não admitindo parcialmente recurso especial, não vincula o Superior Tribunal de Justiça. II – Admitido o recurso por algum de seus fundamentos, dispensa-se a parte, de interpor agravo de instrumento.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, EDcl. no REsp n. 58.724/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.6.1995, publicado no DJ de 28.8.1995, p. 26.567).

para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”.

Determina a mencionada lei que o “o pagamento das custas deverá ser feito em bancos oficiais, mediante preenchimento de guia de recolhimento de receita da União, de conformidade com as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda e por resolução do presidente do Superior Tribunal de Justiça” (art. 4º).

Convém transcrever, ainda, a íntegra do art. 6º dessa lei, que estabelece o pagamento do preparo nos casos em que há litisconsórcio, assistência e recurso de terceiro: “Art. 6º Quando autor e réu recorrerem, cada recurso estará sujeito a preparo integral e distinto, composto de custas e porte de remessa e retorno. § 1º Se houver litisconsortes necessários, bastará que um dos recursos seja preparado para que todos sejam julgados, ainda que não coincidam suas pretensões. § 2º Para efeito do disposto no § 1º deste artigo, o assistente é equiparado ao litisconsorte. § 3º O terceiro prejudicado que recorrer fará o preparo do seu recurso, independentemente do preparo dos recursos que, porventura, tenham sido interpostos pelo autor ou pelo réu”.

Note, ainda, que a exigência de preparo, nestes casos, somente pode ser feita após noventa dias da vigência da lei (art. 15 da Lei n. 11.636/2007: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos respeitando-se o disposto nas alíneas b e c do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal”.

Como a lei foi publicada em 28 de dezembro de 2007, sua vigência somente tem início noventa dias depois, ou seja, a partir de 27 de março de 2008. Significa que o preparo somente deve ser exigido para os recursos especiais interpostos de julgamentos proferidos a partir de 27 de março de 2008. Se o recurso especial for interposto, por exemplo, em abril de 2008, mas se a decisão recorrida tiver sido proferida em dezembro de 2007 ou em janeiro de 2008, não é exigível, ainda, o preparo.

Com efeito, enquanto não proferida a decisão judicial, a parte não pode interpor o correspondente recurso. Uma vez prolatada a decisão, surge uma espécie de *direito adquirido processual* àquele recurso. Enquanto não proferida a decisão, a parte dispõe, apenas, de mera *expectativa de direito* à interposição do recurso.

Caso a lei superveniente que modifique, crie ou extinga um recurso surja *antes* da prolação da decisão, tal alteração irá atingir o processo, frustrando a *expectativa* (e não o direito) *daparte* em poder interpor (ou não) aquele recurso

específico. Tendo, contudo, já sido proferida a decisão, e sobrevindo lei que modifique, crie ou extinga um recurso, tal inovação legislativa *não* deve atingir o processo, pois, do contrário, estaria retroagindo para frustrar um *direito* já adquirido no processo.

A decisão colegiada, no tribunal, é considerada proferida, quando anunciado o julgamento pelo presidente da sessão. Se a lei nova tratar do cabimento ou da admissibilidade do recurso, ela somente incide ao processo pendente se a decisão ainda não tiver sido proferida. Se, no tribunal, já foi anunciado o julgamento, aplica-se a lei antiga.⁸⁶

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual “Em matéria recursal, a lei regente é aquela em vigor na data da publicação do ‘decisum’ atacado”.⁸⁷ E o termo *publicar* não está, aqui, sendo utilizando no sentido de *intimar* ou *veicular no Diário Oficial*, mas no sentido de *tornar pública* a decisão, valendo dizer que se aplica a lei do momento em que *anunciado o resultado* do julgamento pelo presidente da sessão.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO esclarece que, “no sistema do direito positivo e na técnica do direito processual, *publicar* é integrar o ato judicial ao processo, como ato público – não se admitindo, pois, qualquer confusão com aquele outro *publicar*, que não passa de uma *intimação* (publicar pela imprensa)”⁸⁸. A propósito, vale conferir o quanto está dito sobre isso no v. 2 deste *Curso*, especificamente no capítulo sobre Teoria da Decisão Judicial.

Outros dispositivos dessa lei foram examinados no item sobre preparo, no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, para onde se remete o leitor.

No STF, são cobradas normalmente custas. Logo, o recurso extraordinário, além do porte de remessa e retorno dos autos, sujeita-se ao pagamento de custas. Significa que, no momento da interposição do recurso extraordinário, deve ser comprovado o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno dos autos, sob pena de deserção. Sendo insuficiente o valor, deve a parte ser intimada para, em 5 (cinco) dias, complementá-lo (CPC, art. 511).

86. LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 67-72. No mesmo sentido: ARMELIN, Donaldo. Aparentamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. NERY JR., Nelson (coords.). São Paulo: RT, 1999, p. 216; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2006, p. 616-634.

87. Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 179.518/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 15.9.1998, DJ de 19.10.1998, p. 148.

88. “Tempestividade dos recursos”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, v. 16, p. 16.

14. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O ENUNCIADO N. 126 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO STJ

Há casos em que a parte deve interpor recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão. É possível que o acórdão tenha mais de um capítulo, cada um impugnável por uma modalidade de recurso.

É possível, ainda, que um mesmo capítulo do acórdão tenha por fundamento matéria constitucional e matéria legal. Nesse caso, se qualquer desses fundamentos for suficiente para sustentar a decisão, devem ser interpostos recurso extraordinário contra a parte constitucional e recurso especial contra a parte infraconstitucional da fundamentação. Se deixar de ser interposto um desses recursos, o outro que venha a ser intentado não será admitido, por inutilidade: é que, mesmo vitorioso o recorrente, o recurso nada lhe aproveitaria, pois a decisão permaneceria “de pé” com base no outro fundamento. A propósito; nesse sentido, os enunciados n. 126 da súmula do STJ e o n. 283 da súmula do STF.

Somente devem incidir os enunciados n. 126 da Súmula do STJ e n. 283 da Súmula do STF, se os fundamentos constitucional e infraconstitucional forem *autônomos*, é dizer, se cada um, *por si só*, for *suficiente* para sustentar o acórdão recorrido. Em outras palavras, apenas se exige a interposição dos recursos extraordinário e especial contra o mesmo acórdão, caso o fundamento constitucional e o infraconstitucional conferirem, cada um, sustentáculo *autônomo* ao acórdão. Se, por exemplo, o fundamento constitucional for utilizado de passagem, sem constituir um fundamento autônomo, poderá ser apenas interposto o recurso especial, deixando de ser interposto o extraordinário, já que não estará o acórdão sendo sustentado, *autonomamente*, por aquele fundamento constitucional. Quer isso dizer que, se um dos fundamentos constar do acórdão como *obiter dictum*, ou seja, como argumento de passagem, utilizado como reforço da motivação principal, sem se situar como motivo autônomo que dê sustentação ao acórdão, não será necessária a interposição conjunta dos recursos especial e extraordinário. Tal interposição conjunta somente deve ser exigida se ambos os fundamentos (constitucional e infraconstitucional) figurarem como *rationes decidendi* do julgado, sendo autônomos. Se um fundamento for autônomo (consistindo numa *ratio decidendi*) e o outro figurar como *obiter dictum*, não será necessária a interposição conjunta, devendo-se interpor apenas o recurso relativo ao fundamento que constituiu a *ratio decidendi* do julgado. Sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, consultar o capítulo relativo à Teoria do Precedente Judicial, no vol. 2 deste *Curso*.

Há ainda uma outra questão. A doutrina, contudo, não enfrenta o problema de saber se realmente deve ser *simultâneo* o *momento* da interposição de tais recursos.

Ora, o recurso extraordinário e o recurso especial sujeitam-se ao prazo de 15 (quinze) dias. No caso em que ambos devem ser interpostos, o referido prazo é *comum*. Imagine-se, por exemplo, que o recurso extraordinário tenha sido interposto no décimo dia. Haveria mais cinco dias para a interposição do recurso especial, ou haveria preclusão por não ter sido interposto juntamente com o extraordinário?

Como visto, a doutrina não enfrenta diretamente tal problema, cingindo-se a afirmar que os recursos devem ser interpostos *simultaneamente*, não se referindo, de maneira específica, ao *momento* de interposição.

O art. 541 do CPC estabelece que os recursos especial e extraordinário serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal local, *em petições distintas*, dispondo o art. 543 do CPC que, “admitidos ambos os recursos”, os autos seguirão, desde logo, para o STJ. A disciplina conferida aos recursos excepcionais faz pressupor, como se vê, sua interposição simultânea.

Há casos, como visto, em que devem realmente ser interpostos ambos os recursos, mas em nenhum momento há referência ou exigência à *simultaneidade*. Ora, o Código de Processo Civil, quando exige o ajuizamento *simultâneo*, fá-lo expressamente, a exemplo do que sucede com a hipótese contida no art. 299: pretendendo ajuizar contestação e reconvenção, deverá o réu fazê-lo *simultaneamente*.

No caso do recurso especial e do recurso extraordinário, quando se afigurar a hipótese em que ambos devam ser interpostos, há que se atentar para o *prazo comum* de quinze dias, não devendo, necessariamente, tal interposição ser simultânea, à mingua de exigência expressa nesse sentido. Desse modo, interposto o recurso extraordinário, por exemplo, no décimo dia, haverá, ainda, mais cinco dias para que se interponha o recurso especial.

Diante disso, é forçoso concluir que: a) o prazo para a interposição de recurso extraordinário e de recurso especial é comum; b) a interposição de um, no meio do prazo, não gera preclusão consumativa do direito de interpor o outro, porquanto não há exigência legal de interposição simultânea; c) há casos, como visto, em que devem ser interpostos tanto o recurso especial como o recurso extraordinário, mas a interposição de cada um obedece ao prazo comum de quinze dias, não havendo necessidade de interposição simultânea, ou seja, no mesmo momento,

devendo-se o “simultâneo” ser entendido, no particular, como “no mesmo prazo” de quinze dias.

15. PROCESSAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ANÁLISE DO ART. 543 DO CPC

Os recursos especial e extraordinário devem ser interpostos no prazo de quinze dias (CPC, art. 508), perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões no prazo de quinze dias. Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada (CPC, art. 542).

O Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local (a depender do regimento interno de cada tribunal) deve examinar cada um dos requisitos, separadamente⁸⁹. Não sendo ambos admitidos, cabe à parte intentar agravo de instrumento para o STF e agravo de instrumento para o STJ, a fim de obter a admissão, respectivamente, do recurso extraordinário e do recurso especial.

Se for admitido apenas um deles, os autos seguem ao tribunal superior respectivo para exame do recurso, cabendo ao recorrente interpor agravo de instrumento em relação à decisão que não admitiu o outro recurso, sendo certo que tal agravo deve ser encaminhado ao tribunal superior correspondente.

Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial. Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (art. 543 do CPC).

No Superior Tribunal de Justiça, cabe ao Presidente, antes da distribuição, negar seguimento a recurso especial manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Cabe-lhe, também antes da distribuição, dar provimento a recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal. É o que estabelece a Resolução nº 03, de 17 de abril de 2008, do STJ. Permite-se, enfim, que o Presidente do STJ, antes mesmo da distribuição do

89. Conforme anotado no item relativo à repercussão geral, ao recorrente cabe, no recurso extraordinário, inserir um tópico preliminar em que deve demonstrar a existência da repercussão geral. Se, formalmente, não houver esse tópico preliminar, o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem deve negar seguimento ao recurso, por não atendimento ao requisito da regularidade formal. Caso, todavia, haja esse tópico preliminar em que se demonstra a repercussão geral, aí surge uma presunção de que há repercussão geral, cabendo, apenas, ao STF afastar tal presunção para afirmar sua inexistência.

recurso especial, aplique o art. 557 do CPC, negando-lhe seguimento ou já lhe dando provimento. A iniciativa destina-se a racionalizar os julgamentos naquela Corte, servindo de filtro para barrar casos cuja solução pode ser divisada desde logo. Se o caso já é pacífico no tribunal, é certo que o relator vai, aplicando o art. 557 do CPC, negar-lhe seguimento ou já lhe dar provimento. O Presidente do STJ já pode fazer isso, antes mesmo da distribuição, diminuindo a afluxo de processos que chegam, diariamente, nos gabinetes dos ministros, com o que se racionaliza a atividade do tribunal. Das decisões proferidas pelo Presidente nessas situações cabem embargos de declaração. Proferida decisão pelo Presidente com base no art. 557 do CPC, cabe, de igual modo, agravo interno, o qual, uma vez interposto, será distribuído para uma das turmas competentes, passando, somente então, a ter um relator designado por sorteio.

O recurso extraordinário fica prejudicado, quando o recurso especial vem a ser conhecido e provido. Na verdade, existem 3 (três) resultados possíveis no julgamento de um recurso especial: a) não ser conhecido; b) ser conhecido, mas não provido; c) ser conhecido e provido.

Nas hipóteses “a” e “b”, depois do julgamento do recurso especial, os autos seguem para o STF apreciar e julgar o recurso extraordinário. Já na hipótese da letra “c”, ou seja, tendo o recurso especial sido conhecido e provido, restará prejudicado o recurso extraordinário. É que, nesse caso, restou atendida a pretensão do recorrente, havendo, no entendimento do STF, a perda superveniente do interesse recursal quanto ao recurso extraordinário.

Quando provido o recurso especial, fica, portanto, prejudicado o recurso extraordinário.⁹⁰

Há discussão doutrinária, contudo, quando o recurso especial não é provido. Segundo esclarece Maria Cláudia Junqueira:

90. O STF entende que, com o provimento do recurso especial, a pretensão da parte já foi atendida, restando prejudicado o recurso extraordinário. É que, nesse caso, o acórdão do tribunal de segunda instância é substituído pelo acórdão do STJ, ocasionando a prejudicialidade do recurso extraordinário (STF-2ª T., RE 459.960 AgR, rel. Min. Eros Grau, j. 11.5.2010, *DJe-100* divulg. 2.6.2010, public. 4.6.2010; STF-Pleno, AI 747.170 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 4.2.2010, *DJe-035* divulg. 25.2.2010 public. 26.2.2010). Trata-se de postura incoerente do STF, que reputa indispensável a interposição simultânea de ambos os recursos, sob pena de falta de interesse recursal, mas considera haver perda do mesmo interesse com o provimento de apenas um dos recursos interpostos. Segundo esclarece Maria Cláudia Junqueira: “O recurso extraordinário resta prejudicado nas hipóteses em que o recurso especial é provido pelo Superior Tribunal de Justiça, dado que a pretensão do recorrente – desconstituição da decisão que lhe foi desfavorável – é atendida, não lhe restando interesse processual no julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal.” (*Equivocos jurisprudenciais: limites ao acesso aos tribunais superiores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 27). Nesse mesmo sentido: RODRIGUES NETTO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 13.3. p. 121-122.

“No caso do mérito do Recurso Especial ser julgado improcedente, há que se averiguar se o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido, corroborado pela decisão do STJ, é suficiente para manter a sua validade. Caso o seja, fica prejudicado o Recurso Extraordinário, uma vez que, ainda que ele seja provido e modificada a decisão recorrida no que pertine ao aspecto constitucional, a análise da legislação federal infraconstitucional levada a efeito pelo tribunal *a quo* persiste suficiente para manter os seus contornos decisórios.

Já se o recurso especial tiver seu mérito julgado improcedente, mas o argumento infraconstitucional utilizado pelo acórdão recorrido não for suficiente, por si só, para manter a força decisória do julgado, há de ser analisado pelo STF o recurso extraordinário interposto. São os casos em que a interpretação da legislação federal infraconstitucional levada a efeito pelo tribunal *a quo* pode perder a sua validade se o Supremo Tribunal Federal der a dispositivo constitucional interpretação distinta da que lhe foi dado pelo acórdão recorrido, como base da argumentação acerca da legislação infraconstitucional”⁹¹.

Significa que, sendo caso de interposição simultânea de recursos extraordinário e especial, por conter o acórdão recorrido fundamentos constitucional e legal, qualquer deles suficiente para sustentar a decisão, o não provimento do recurso especial acarreta a perda interesse recursal do recurso extraordinário, implicando a sua inadmissibilidade, sendo necessária a interposição de *novo* recurso extraordinário, desta feita contra o acórdão proferido pelo STJ. Não sendo caso de partes autônomas, nem de necessária interposição conjunta dos recursos extraordinário e especial, o não-provimento do especial não afetaria o extraordinário.

Segundo José Theophilo Fleury, “em uma decisão onde haja fundamentos constitucional e legal, ambos suficientes para manter a decisão recorrida, sempre o recurso extraordinário será prejudicial ao recurso especial. Sempre, pois, que uma decisão afirmar a inconstitucionalidade da mesma lei federal também tida por ofendida pelo acórdão recorrido, o extraordinário deverá ser julgado em primeiro lugar. Voltamos a afirmar: nem tudo que é legal é constitucional, mas tudo aquilo que é inconstitucional é ilegal”⁹².

Nesse caso, se o acórdão contiver fundamentos autônomos suficientes, um constitucional e outro infraconstitucional, devem ser interpostos os recursos extraordinário e especial, devendo aquele ser julgado primeiro, eis que desponta como questão prévia em relação a esse último. Caso assim não se entenda, deve-se ter como prioritário o julgamento do recurso especial, sendo provido ou não. Se provido, a inadmissibilidade decorre, como visto, da falta de interesse. Se não

91. *Equívocos jurisprudenciais: limites do acesso aos tribunais superiores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, n. 2.1.2, p. 36-37.

92. “Fundamento suficiente – prejudicialidade do recurso especial em face do recurso extraordinário e vice-versa.” *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 344.

provido, a inadmissibilidade resulta da aplicação do enunciado n. 283 da súmula do STF, havendo a necessidade de ser interposto novo recurso extraordinário, desta feita contra o superveniente acórdão do STJ, que teria substituído o acórdão do tribunal local (CPC, art. 512).

Como se viu, admitidos ambos os recursos, os autos seguem para o STJ, a fim de apreciar-se, em primeiro lugar, o recurso especial. Em seguida, seguem os autos ao STF para julgamento do recurso extraordinário. Essa ordem pode, contudo, ser invertida, quando a questão constitucional for prioritária.

O recurso extraordinário será prioritário em relação ao recurso especial, quando o julgamento deste depender da definição da constitucionalidade da norma de direito federal tida como violada. Em outras palavras, questionada, no recurso especial, a aplicação de lei federal que, no recurso extraordinário, é apontada como inconstitucional, o julgamento daquele apelo depende do prévio desfecho deste.

Nessa hipótese, o relator do recurso especial, em decisão irrecorrível, sobrescreverá o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário (art. 543, § 2º, CPC). Se o relator do recurso extraordinário, também em decisão irrecorrível, não o considerar prioritário, irá, então, devolver os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (art. 543, § 3º, CPC).

16. AGRAVO CONTRA A DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, NA ORIGEM, A RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU RECURSO ESPECIAL (ART. 544 DO CPC)

Caso haja a inadmissão do recurso extraordinário ou do recurso especial, caberá agravo, respectivamente, para o STF e para o STJ, conforme o caso. Se ambos os recursos forem inadmitidos, deve o interessado interpor um agravo para cada recurso não admitido (art. 544, § 1º, CPC). Note que, a partir da Lei n. 12.322/2010, esse agravo deixou de ser processado por instrumento e passou a ser processado nos próprios autos do processo onde foi proferida a decisão agravada (art. 544, *caput*, CPC).

No âmbito interno do STF, criou-se uma nova classe processual, denominada Recurso Extraordinário com Agravo (aRE), com a finalidade de adaptar a rotina da Corte Suprema às disposições contidas no art. 544 do CPC, na redação dada pela Lei Federal n. 12.322/2010. A classificação foi geral, alcançando todos os casos, de tal sorte que tal agravo, embora regulado no CPC, aplica-se também a matéria penal. Por sua vez, no âmbito interno do STJ também se criou uma nova classe processual, denominada agravo em recurso especial (AResp), adaptando as regras regimentais e a rotina do tribunal à nova legislação que alterou o art. 544 do CPC.

Consoante já restou acentuado no capítulo que trata dos embargos de declaração, estes são cabíveis contra qualquer decisão. Significa que, em tese, cabem embargos declaratórios contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local que inadmite o Recurso Especial/Extraordinário, por haver alguma omissão, obscuridade ou contradição. Ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 588.190/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que, nesse caso, os embargos não são cabíveis. Consequentemente, não interrompem, nem suspendem o prazo para a interposição do agravo contra a denegação do recurso (Informativo do STF, n. 462). Com o devido respeito, não se afigura correto o entendimento. Os embargos cabem de qualquer decisão. Ademais, mesmo tidos como incabíveis, acarretaram a interrupção do prazo para outros recursos, por qualquer das partes. Impõe-se, no caso, perfilar o entendimento, manifestado no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, segundo o qual os embargos de declaração opostos contra o juízo primeiro de admissibilidade interrompem o prazo para a interposição do agravo, sendo certo que a única consequência de se entender como incabíveis ou protelatórios os embargos é a imposição da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.

É possível que o recurso tenha fundamento em mais de uma hipótese de admissibilidade. Com efeito, pode, por exemplo, ser interposto recurso especial, com base na alínea “a” e, a um só tempo, na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. Nesse caso, não é raro ocorrer a situação de o recurso ser admitido por um fundamento, e não ser pelo outro. Assim, por exemplo, pode o presidente ou vice-presidente do tribunal local admitir o recurso especial pela alínea “a”, não o admitindo pela alínea “c”. Em hipóteses assim, questiona-se se é necessária a interposição do agravo previsto no art. 544 do CPC.

A resposta é negativa, não se revelando necessária nem útil a interposição do agravo. É que os autos já seguirão, normalmente, para o tribunal superior, diante da admissibilidade parcial. Além do mais, a solução da questão não preclui; o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem exerce juízo provisório de admissibilidade, o que ele decide não vincula o tribunal superior, que pode, no juízo *definitivo* de admissibilidade, rever a questão, admitindo o recurso pelo fundamento não aceito na origem. Eis a razão dos enunciados ns. 292 e 528 da súmula do STF, que, aliás, são examinados em item próprio deste capítulo, relacionados com a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários.

Esse agravo tem algumas peculiaridades que merecem ser registradas.

Não há mais exigência de formação de instrumento, sendo provável a eliminação da chamada *jurisprudência defensiva*, que inadmitia o agravo por qualquer lapso ou equívoco nas cópias ou na formação do instrumento. Embora não haja formação de instrumento, é preciso que o agravante comprove a tempestividade, sobretudo quando houver algum feriado local.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 659.381/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, entendeu não estar o agravante obrigado a comprovar a existência de feriado local para que se afira a tempestividade de seu recurso. Segundo se entendeu em tal precedente, o princípio *jura novit curia* aplica-se também às normas de Direito estadual e municipal, presumindo-se que o STJ tenha conhecimento dessas normas. Ademais, nos termos do art. 337 do CPC, a parte não está obrigada a provar o conteúdo e a vigência da legislação estadual nem da legislação municipal, a não ser que haja determinação judicial de tal comprovação. O recorrente está, então, dispensado de comprovar o feriado local, salvo se o tribunal assim o exigir.

Não foi essa, contudo, a conclusão a que chegou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 708.460/SP, rel. Min. Castro Filho, aquele Órgão especial do STJ entendeu caber à parte, quando da interposição do agravo de instrumento perante o tribunal local, não apenas afirmar o fato, mas também fazer incluir no traslado a comprovação de que não houve expediente forense no tribunal no último dia do prazo, com vistas a demonstrar a tempestividade de seu recurso, sendo irrelevante o silêncio da parte contrária a esse respeito.

É provável que esse entendimento, que tem prevalecido, seja mantido. Não haverá mais traslado, nem instrumento a ser formado no agravo, mas o STJ pode continuar a exigir a demonstração, junto com a petição do agravo, da sua tempestividade.

Embora tenha prevalecido esse último entendimento e pareça provável sua manutenção, impõe-se perfilar a orientação ministrada no aludido precedente da Primeira Turma. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional exige que sejam suplantadas barreiras que impeçam o conhecimento de recursos. Se o STJ não tem conhecimento do feriado, deve facultar ao agravante que comprove sua existência. No particular, cumpre aplicar o disposto no art. 515, § 4º do CPC, que deve incidir em qualquer recurso, e não apenas no âmbito da apelação. Intimado o agravante, cabe a este comprovar a existência do feriado, a fim de restar evidente a tempestividade do seu agravo. Não comprovada a existência do feriado, caberia ao STJ, assim, negar seguimento ao recurso. Essa parece ser a postura mais adequada aos desígnios do processo civil moderno. Não foi esse, todavia, o entendimento que prevaleceu no STJ, consoante já ressaltado.

Ao julgar o AI 621.929 ED-AgR/PR, o STF, rel. Min. Ellen Gracie, acolheu embargos de declaração para, conferindo-lhes efeito modificativo, dar provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a agravo de instrumento porque esgotado o prazo para interposição do recurso extraordinário. Salientando ser consolidado o entendimento da Corte no sentido de que a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal *a quo*, que não sejam de conhecimento obrigatório na instância *ad quem*, deve ser comprovada no momento de sua interposição, considerou-se que, no caso concreto, o fato de a petição de interposição

do recurso extraordinário ter feito singela referência a feriado municipal em nota de rodapé, incluído no calendário judiciário do Estado, e de o tribunal local reconhecer implicitamente tal circunstância, afirmando a tempestividade do recurso quando do juízo de admissibilidade, supriria a necessária comprovação, por documento oficial, da ausência de expediente forense. Embora não haja, agora, regra expressa neste sentido (como o antigo § 2º do art. 544, CPC), esse agravo dispensa o preparo. Por se tratar de recurso interposto nos próprios autos, à semelhança do agravo regimental, do agravo retido e dos embargos de declaração, o preparo não se justifica. Demais disso, se, quando deveria ser interposto por instrumento, esse agravo dispensava o preparo, consoante o antigo § 2º do art. 544, tanto mais a dispensa se justifica quando interposto nos próprios autos em que proferida a decisão agravada.

O agravo deve ser interposto no prazo de dez dias, mediante petição dirigida ao Presidente do Tribunal de origem. O agravado será intimado para, no prazo de dez dias, oferecer sua resposta. Em seguida, os autos devem ser enviados ao tribunal superior para processamento e julgamento, na forma dos arts. 543, 543-A, 543-B e 543-C, CPC.

Segundo entende o STJ, o prazo para interposição do antigo agravo de instrumento contra denegação de recurso especial (CPC, art. 544, em sua redação originária) *não* deveria ser contado em dobro, ainda que se trate de recurso interposto por litisconsorte com procurador diferente.⁹³ O STJ entende que o art. 191 do CPC não se aplicava ao agravo de instrumento contra denegação de recurso especial, pois cada litisconsorte, ainda que representado por procurador diferente, irá insurgir-se contra uma decisão diferente. Cada recurso especial terá sido inadmitido, na origem, por uma decisão própria, cabendo um agravo próprio de cada uma, não havendo razão para aplicação do referido dispositivo. A situação equivale, *mutatis mutandis*, àquela regulada pelo n. 641 da súmula do STF.

Esse entendimento parece ter sido consagrado pela Lei n. 12.322/2010, que transformou o antigo agravo de instrumento em agravo nos autos do processo. É que se determina, expressamente, que contra cada decisão de inadmissibilidade deve ser interposto o respectivo agravo (art. 544, § 1º, CPC), exatamente o mesmo argumento de que se valia o STJ para fundamentar o seu entendimento.

O presidente ou vice-presidente do tribunal local, a quem é dirigida petição de interposição do agravo, não exerce, no particular, juízo de admissibilidade. A redação do § 3º do art. 544 é bem eloquente nesse sentido: após a resposta do agravado, os autos devem ser remetidos à instância superior.

93. STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 435.412/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 24.06.2002, publicado no DJ 02.09.2002, p. 188; STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 314.788/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 05.10.2000, publicado no DJ 20.11.2000, p. 295; STJ, 4ª T., EDcl no Ag n. 672.853/DF, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 15.12.2005, publicado no DJ 03.04.2006, p. 355.

Se se trata de recurso extraordinário interposto no âmbito do Juizado Especial, compete ao presidente da Turma Recursal proceder ao primeiro juízo de admissibilidade (STF, Pleno, RE n. 388846 QO/SC, publicado no DJ de 18.2.2005), não podendo, contudo, exercer a admissibilidade do agravo.

Em outras palavras, o juízo de admissibilidade do agravo é exercido, única e exclusivamente, pelo tribunal superior. Ainda que manifestamente intempestivo, não pode nem deve o presidente ou vice-presidente do tribunal local negar-lhe seguimento ou inadmitir o agravo do art. 544 do CPC. Se o fizer, estará usurpando competência do tribunal superior, cabendo, então, reclamação constitucional. Aliás, esse é o teor do enunciado n. 727 da súmula do STF: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao 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”.

Nos tribunais superiores, o agravo do art. 544 do CPC é julgado pelo relator, cabendo da decisão deste agravo um agravo interno para a turma. Pode o relator, no agravo (art. 544, § 4º, CPC), adotar uma série de atitudes.

a) Não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada (art. 544, § 4º, I, CPC). Nesse caso, por nem ter examinado o agravo, obviamente o recurso (especial ou extraordinário) que não foi admitido na origem também não será examinado no tribunal superior.

Se o agravo for manifestamente inadmissível, compete ao próprio Presidente do STF ou do STJ negar-lhe seguimento, antes mesmo de ser distribuído a algum relator. Dessa decisão que nega seguimento ao agravo em RE ou REsp cabe agravo interno que, então, será distribuído a um relator. Essa competência, conferida à presidência do tribunal superior, para fazer essa triagem dos recursos que lá chegam continua mantida com a superveniência do novo disciplinamento do agravo do art. 544 do CPC. No STJ, a Resolução nº 7/2010 mantém essa competência da presidência para apreciar, antes de distribuídos, os agravos que sejam manifestamente inadmissíveis ou cujos recursos especiais estejam prejudicados ou em contraste com jurisprudência dominante ou com súmula do próprio STJ. De igual modo, as alterações levadas a efeito no regimento interno do STF não subtraíram da presidência tal competência, de sorte que continua o Presidente do STF a ter competência para realizar esse exame prévio de admissibilidade do Recurso Extraordinário com Agravo (aRE).

b) Conhecer do agravo para negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso (art. 544, § 4º, II, “a”, CPC). Como o agravo não foi provido, o recurso (especial ou extraordinário) nem será conhecido.

c) Conhecer do agravo para negar seguimento ao recurso (extraordinário ou especial) manifestamente inadmissível, prejudicado ou em contraste com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (art. 544, § 4º, II, “b”, CPC).

A regra é estranha, em ao menos dois pontos.

Se o recurso (especial ou extraordinário) é manifestamente inadmissível, o caso é de negar provimento ao agravo (art. 544, § 4º, II, “a”, CPC), pois correta a decisão que não admitiu o recurso excepcional.

Se o recurso (especial ou extraordinário) está em contraste com a súmula ou a jurisprudência dominante do tribunal, o caso é de negar-lhe *provimento*, e não *seguimento*. Trata-se de decisão que examina o mérito do recurso extraordinário.

d) Conhecer do agravo para dar provimento ao recurso (extraordinário ou especial), se o acórdão recorrido estiver em conflito com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal superior (art. 544, § 4º, II, “c”, CPC). Essa providência será possível, pois, como o agravo foi interposto nos próprios autos, todas as peças indispensáveis ao julgamento do mérito do recurso não admitido na origem estão à disposição do relator.

Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557 (art. 545, CPC).

Se não for caso de decisão unipessoal, o relator, conhecendo do agravo, processará o recurso (especial ou extraordinário), na forma do Regimento Interno do Tribunal, levando-o a julgamento colegiado.

17. RECURSO ESPECIAL

17.1. O papel do STJ

O Superior Tribunal de Justiça mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça.

Nessemister de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, insere-se uma outra função do STJ: *uniformizar* a jurisprudência nacional. Trata-se de função importantíssima, intimamente relacionada com o princípio da segurança jurídica. Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, o julgamento que venha a ser proferido, conferindo interpretação a determinada norma federal, serve, a um só tempo, como corretivo da decisão

impugnada e elemento de *uniformização* da jurisprudência quanto à interpretação da referida norma.

Tudo isso significa que o STJ desempenha uma função *paradigmática*, na medida em que suas decisões servem de exemplo a ser seguido pelos demais tribunais, com o que se obtém a *uniformização* da jurisprudência nacional. Na verdade, tal função já era exercida pelo STF, antes do advento da Constituição Federal de 1988. Na época que antecedeu a atual Constituição Federal, o STF não somente analisava matéria constitucional, cabendo-lhe igualmente o exame de questões infraconstitucionais. Esta última parcela de sua competência foi desmembrada e, com a criação do STJ, passou a ser exercida por este último.

Enfim, o STJ desempenha função primordial de interpretar e preservar a legislação federal infraconstitucional, além de ter o papel de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto àquela mesma legislação, em decisões *paradigmáticas*. Essa sua função é exercida, essencialmente, mediante o julgamento de recurso especial, cujas hipóteses de cabimento estão a seguir tratadas.

17.2. Considerações gerais sobre o recurso especial

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas no art. 105, III, da Constituição Federal:

“Art. 105. 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.”

Ao prever as hipóteses de cabimento do recurso especial, o art. 105, III, da Constituição Federal alude a decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal de Justiça, por Tribunal Regional Federal ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Não é sem razão, aliás, que o enunciado n. 203 da súmula do STJ prescreve que “não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”. É que o órgão de segundo grau dos Juizados Especiais não se encaixa na previsão constitucional, não se identificando nem com Tribunal de Justiça, nem com Tribunal Regional Federal nem com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O dispositivo, como se vê, refere-se, expressamente, a *tribunais*, além de exigir que a decisão seja de *última* ou de *única* instância. Ora, para que um desses tribunais profira decisão de *última* ou de *única* instância, é preciso que

haja a manifestação *final* do *colegiado* competente. Não basta a decisão isolada do relator, sendo necessária a deliberação final do colegiado. Só cabe recurso especial contra acórdão.

O que se percebe, ademais, é que o recurso especial é cabível por ter havido ofensa a tratado ou lei federal (CF/88, art. 105, III, “a”). As demais hipóteses de cabimento do recurso especial (previstas nas alíneas “b” e “c” do inciso III do art. 105 da CF) são autônomas e possuem seus respectivos fundamentos – não constituem derivação da hipótese contida na alínea “a”, como se fossem “sub-alíneas”⁹⁴.

17.3. Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 105 da CF/88

Cabe recurso especial, quando o acórdão recorrido “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

O termo “contrariar” é mais abrangente do que “negar vigência”. Com efeito, *contrariar* “supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentido do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal”⁹⁵. Em outras palavras, *contrariar* um texto “é *mais* do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a *extensão* daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar a certos respeitos, o outro; segundo, a *compreensão* dessas alocações é diversa: ‘contrariar’ tem uma conotação mais difusa, menos contundente”⁹⁶.

Vale dizer que *contrariar* soa como mais grave do que *negar vigência*. O termo *contrariar* não admite sequer que tenha havido uma suposta interpretação razoável, enquanto se o dispositivo tiver sido razoavelmente interpretado, não se lhe terá negado vigência. Em outras palavras, uma interpretação inadequada caracteriza uma *contrariedade*, mas não significa que tenha havido *negativa de vigência*.

94. Em sentido contrário, para quem as hipóteses de cabimento das alíneas “b” e “c” do inciso III do art. 105, são derivações da hipótese “a”, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001, n. 6.6., p. 238-245; JORGE, Flávio Cheim. “O recurso interposto pela letra ‘c’ do art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 89, p. 30.

95. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, n. 9.3., 2001, p. 179-180.

96. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 146.

As expressões, como se vê, contêm sentidos semelhantes, sendo certo que *contrariar* desponta como mais abrangente do que *negar vigência*. “Contrariar” contém “negar vigência”.

O enunciado 400 da Súmula do STF assim estabelecia: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”.

A Constituição Federal de 1967 catalogava as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário em seu art. 119, III, sobrelevando destacar, no momento, a hipótese descrita na alínea “a”, com base na qual cabia recurso extraordinário quando a decisão “a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal”.

Como se vê, pela Constituição Federal revogada, o recurso extraordinário cabia quando a decisão *contrariasse* dispositivo constitucional ou quando *negasse vigência* a tratado ou lei federal. Havia, a bem da verdade, um tratamento dispar entre a questão constitucional e a infraconstitucional: a expressão “*contrariar*” estava atrelada a dispositivo *constitucional*, ao passo que o termo “*negar vigência*” relacionava-se com dispositivo *infraconstitucional*. *Contrariar*, como visto, é mais abrangente do que *negar vigência*. Este último termo compreende as seguintes hipóteses⁹⁷: a) quando se aplica lei que não tem aplicação à espécie em lugar da lei federal cabível; b) quando se faz incidir sobre fato certo dispositivo legal inaplicável; c) quando se dá interpretação não razoável à lei federal aplicada. Significa que, dando interpretação não razoável à lei federal, o tribunal estaria a negar-lhe vigência. Do contrário, ou seja, caso conferisse uma interpretação razoável à lei federal, não haveria negativa de vigência, não sendo cabível, portanto, o recurso extraordinário.

De observar-se que o enunciado n. 400 da Súmula do STF aplicava-se, apenas, à parte do recurso extraordinário que tratava de norma infraconstitucional, pois o inconformismo somente cabia, na espécie, quando lhe fosse negada vigência. Em se tratando de norma constitucional, não incidia o enunciado sumular, eis que, nesse caso, deveria a decisão recorrida tê-la *contrariado*, e não simplesmente *lhe* negado vigência. Daí porque a Constituição Federal revogada conferia sustentação ao enunciado 400 da Súmula do STF.

Atualmente, não se sustenta mais tal enunciado 400, pois cabe recurso especial quando o acórdão recorrido *contrariar* ou *negar vigência* a dispositivo de tratado

97. NEGRÃO, Theotonio. “Técnica do Recurso Extraordinário no cível”. *Revista dos Tribunais*, vol. 602, p. 11.

ou lei federal. Não se deve, portanto, deixar de admitir um recurso especial, por ser “razoável” a interpretação dada pelo tribunal local; válida, apenas, a interpretação dada pelo STJ, que constitui o intérprete autêntico da legislação infraconstitucional.

Lei federal, para efeito de cabimento de recurso especial, é expressão que engloba os seguintes diplomas: a) lei complementar federal; b) lei ordinária federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; f) decreto autônomo federal.

É cabível recurso especial por ofensa a dispositivo contido em decreto regulamentar. Se determinado decreto extrapola o poder regulamentar, resta ofendido o princípio da legalidade. O STF, entretanto, entende que, em casos assim, a hipótese não se situa no âmbito da constitucionalidade, mas no da legalidade⁹⁸. Logo, não cabe recurso extraordinário; o que cabe é recurso especial, por ofensa ao dispositivo do decreto que extrapolou o poder regulamentar⁹⁹.

Os demais atos, diplomas ou instrumentos normativos, uma vez desatendidos, não são objeto de análise em recurso especial. Noutros termos, não cabe recurso especial por ofensa a dispositivo constante de portaria, instrução normativa, resolução, decreto-legislativo, parecer normativo etc¹⁰⁰.

Também não cabe recurso especial por violação a regimento interno de tribunal. Neste sentido, é a orientação consolidada na súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, editada em época em que tinha essa competência: “399. Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”¹⁰¹.

O recurso especial é cabível, quando se alegar ofensa a dispositivo de lei federal. Não cabe o recurso especial, pela letra “a” do inciso III do art. 105 da CF/88, por suposta ofensa a entendimento jurisprudencial do próprio STJ¹⁰². É possível

98. Acórdão do Pleno do STF, ADI 2387, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 21/2/2001, *DJ* 5/12/2003, p. 18.

99. Acórdão da 2ª Seção do STJ, REsp 1.151.739/CE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/11/2012, *DJe* 17/12/2012.

100. “Não se compreendem no conceito de lei federal, portanto não permitem a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros.” (Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, AgRg no Ag 489.031/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 04/11/2003, *DJ* de 19/12/2003, p. 583). “A apreciação de suposta violação à (sic) ato normativo interno, tais como resoluções, portarias, instruções normativas etc, não pode ser objeto de recurso especial, pois os mesmos não se enquadram no conceito de lei federal a que se refere a alínea ‘a’ do permissivo constitucional. Precedentes.” (Acórdão unânime da 5ª T., STJ, REsp n. 548.045/PE, rel. Min. Felix Fischer, j. 04.09.2003, publicado no *DJ* de 13.10.2003, p. 445).

101. No mesmo sentido, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 606; PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Malheiros Ed., 1992, p. 108; STJ, 3ª T., Edcl. no Respn. 13.640/RJ, rel. Dias Trindade, j. em 19.11.1991, publicado em *DJ* 16.12.1991, p. 18.538.

102. “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO

ser interposto, com fundamento na letra “c” do referido dispositivo constitucional, recurso especial por divergência jurisprudencial. Não cabe, entretanto, recurso especial, com base na letra “a”, por ter havido suposto desrespeito a entendimento jurisprudencial ou sumular do próprio STJ. Na verdade, a jurisprudência firma orientação a respeito da interpretação a ser conferida a dispositivos legais. O que se permite é que, no recurso especial, se demonstre que o dispositivo foi interpretado pelo tribunal de origem diferentemente do STJ. Em outras palavras, a jurisprudência do STJ não foi seguida, exatamente porque determinado dispositivo foi interpretado diferentemente da orientação por ele ministrada. Logo, deve o recurso especial apontar violação ao respectivo dispositivo legal, e não à jurisprudência ou ao enunciado da súmula do STJ.

17.4. Cabimento com fundamento na letra “b” do inciso III do art. 105 da CF/88

O recurso especial é cabível, nos termos da letra “b” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, quando o acórdão recorrido *julgar válido* ato de governo local contestado em face de lei federal.

A expressão *julgar válido* remete à necessidade de um *contraste* entre o ato do governo local e uma norma federal. Nesse caso, se o ato de governo local foi *julgado válido*, significa que a lei federal restou afrontada. Entre a lei federal e o ato de governo local, o acórdão recorrido optou por este último, quedando por possivelmente violar a lei federal.

Significa que o ato administrativo pode ter violado a lei federal. Ao julgar válido o ato administrativo, o acórdão restou, igualmente, por violar a lei federal, cabendo recurso especial. O STJ é chamado a manifestar-se sobre esse possível contraste entre o ato administrativo local e a legislação federal.

17.5. Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 105 da CF/88

Já se viu que o STJ tem a função de uniformizar a jurisprudência nacional, proferindo decisões *paradigmáticas*.

1. Não cabe recurso especial fundado em alegação de violação a verbete sumular, por não se enquadrar no conceito de lei federal. Precedentes.

2. Recurso especial não conhecido ” (STJ-2ª T., REsp 1.230.704/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1º.03.2011, DJe 15.03.2011).

Exatamente por ter o STJ a função de uniformizar a jurisprudência nacional, cabe recurso especial por divergência jurisprudencial (CF, art. 105, III, “c”). Havendo divergência entre órgãos de tribunais diversos, caberá o recurso especial. A propósito, cumpre advertir ser incabível o recurso especial, quando houver divergência entre órgãos do mesmo tribunal (enunciado n. 13 da súmula do STJ); somente cabe o recurso extremo, se a divergência for entre órgãos de tribunais diferentes.

O Superior Tribunal de Justiça veio, entretanto, a firmar o entendimento de ser inviável, para demonstração da divergência jurisprudencial, o confronto com acórdãos proferidos em recursos ordinários em mandado de segurança. Com efeito, entende o STJ que “a indicação de paradigma proferido em recurso ordinário em mandado de segurança não serve à demonstração da divergência jurisprudencial, tendo em vista seu efeito devolutivo amplo.” (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1.160.702/RJ, rel. Min. Castro Meira, publicado no *DJe* 28.10.2009). Tal orientação tem por fundamento a amplitude do efeito devolutivo do recurso ordinário. Ora, vários outros recursos também ostentam efeito devolutivo amplo. Nesse sentido, a apelação, o agravo de instrumento, os embargos infringentes têm, de igual modo, efeito devolutivo amplo. A prevalecer tal orientação, não seria também mais possível, para demonstração da divergência jurisprudencial, o confronto com acórdãos proferidos nesses recursos, somente sendo possível o cotejo analítico com acórdãos proferidos em recurso especial e em recurso extraordinário, cujo efeito devolutivo é menos amplo. O efeito devolutivo dos recursos extraordinários também não possui limitação em sua profundidade (como visto linhas atrás).

No julgamento de *qualquer* recurso, o tribunal haverá de fixar a *ratio decidendi* da questão principal posta em julgamento. A *ratio decidendi* é a norma jurídica geral que o tribunal entende aplicável àquele caso concreto. Ela é o elemento normativo do precedente. Se tribunais diversos encontram para casos semelhantes *normas gerais diversas*, é preciso que o STJ intervenha para compor a divergência jurisprudencial. E isso é o quanto basta para o conhecimento do recurso especial. Pouco importa a situação processual (causa de competência originária ou derivada, recurso especial ou ordinário) de onde surgiu a decisão. A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça é a de uniformizar a jurisprudência nacional, eliminando divergência havida entre tribunais diferentes, independentemente do tipo de recurso em que proferido o precedente. É preciso, apenas, que haja divergência entre precedentes de tribunais diversos, cabendo ao STJ eliminar essa divergência e firmar a orientação a ser seguida pelos tribunais e, de resto, pela comunidade jurídica.

Esse entendimento firmado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça contraria sua própria função constitucional, subtraindo a efetividade de sua função e apequenando sua importância como Corte de Justiça destinada, por imposição constitucional, à uniformização da jurisprudência nacional. Ademais, não custa repisar o que sempre defendemos: na interpretação dos requisitos de admissibilidade dos recursos, deve-se optar pela interpretação mais favorável ao cabimento, em prol da efetividade processual e do amplo acesso à justiça.

No recurso especial pela alínea *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, deve-se comprovar a divergência demonstrando que o acórdão recorrido está dissentindo do acórdão paradigma (este último – o acórdão paradigma – deve ter sido proferido por outro tribunal, não sendo possível, para fins de recurso especial, a divergência entre órgãos do próprio tribunal: a propósito, essa é a dicção do enunciado 13 da Súmula do STJ)¹⁰³. Tal comprovação pode ser feita por uma das seguintes formas: a) certidão; b) cópia autenticada; c) citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte. A citação de decisão publicada em mídia eletrônica ou disponível na Internet restou incluída no parágrafo único do art. 541 do CPC pela Lei nº 11.341, de 7 de agosto de 2006. O próprio STJ já vinha aceitando, para comprovação do acórdão paradigma, a extração de cópia diretamente do seu sítio, mantido na rede mundial de computadores¹⁰⁴.

Com efeito, o uso de mídia eletrônica e de decisões disponíveis na internet, quanto aos meios de comprovação da divergência, já vinha sendo, em alguns precedentes, admitido pelo STJ, restando ratificado pela Lei Federal n. 11.341/2006, que alterou o parágrafo único do art. 541 do CPC: “Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório

103. A divergência deve ocorrer entre acórdãos de tribunais diversos. Não viabiliza recurso especial divergência entre o acórdão recorrido e uma sentença ou decisão de primeira instância. Demais disso, “também já se decidiu no STJ que, tratando-se de recurso especial contra acórdão do TRF, não se presta como paradigma, para demonstração de divergência, acórdão do antigo TFR”. (PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, n. 9.3.3., p. 187).

104. “O acórdão colacionado como paradigma, nos embargos de divergência, é o do próprio Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, dispensa-se a indicação do repositório oficial onde foi publicado, admitida, inclusive, a comprovação do dissenso através de documento extraído da página da internet desta Corte”. (STJ, Corte Especial, ER Esp n. 430.810/MS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 01.07.2004, publicado no DJ de 09.02.2005, p. 181).

de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. Confirma-se que o vem sendo defendido ao longo de todo esse curso: é preciso facilitar o acesso aos tribunais superiores, favorecendo o juízo de admissibilidade dos recursos. Trata-se de alteração alvissareira.

O STJ já dispensou a cópia do acórdão paradigma, nos casos de “divergência notória”. “A circunstância de ser notória a divergência acerca da questão jurídica versada no especial permite a mitigação das exigências contidas nos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, o que conduz, no caso concreto, ao conhecimento do recurso”. (STJ, 1ª T., AgRg no Resp n. 594.181/RS, rel. Min. Teori Zavascki, j. 21.09.2004, publicado no DJ de 11.10.2004, p. 239)¹⁰⁵.

Feita a comprovação da divergência, deve o recorrente proceder ao chamado *cotejo* ou *confronto analítico* entre o julgado recorrido e o julgado paradigma, o que significa que deve o recorrente transcrever os trechos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Em outras palavras, não é suficiente, para comprovar o dissídio jurisprudencial, a simples *transcrição de ementas*, sendo necessário que o recorrente transcreva trechos do relatório do acórdão paradigma e, depois, transcreva trechos do relatório do acórdão recorrido, comparando-os, a fim de demonstrar que trataram de casos bem parecidos ou cuja base fática seja bem similar. Após isso, deve o recorrente prosseguir no cotejo analítico, transcrevendo trechos do voto do acórdão paradigma e trechos do voto do acórdão recorrido para, então, confrontá-los, demonstrando que foram adotadas teses opostas. Trata-se, pois, de proceder ao método do *distinguishing*, a comparação entre o precedente invocado e a decisão recorrida. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste *Curso*.

105. “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. ARTS. 5º, XXI, DA CF E 3º DA LEI N. 8.073/90. RECURSO PROVIDO. 1. *Este Tribunal Superior mitigou a exigência do cotejo analítico insculpido no art. 255, § 2º, do RISTJ quando a divergência pretoriana for notória, ou seja, quando o acórdão recorrido dissente frontalmente da jurisprudência dominante no STJ.* 2. Possui legitimidade para deduzir em juízo, em nome próprio, direito de seus filiados, o sindicato representante de categoria profissional em ação sob o rito ordinário. 3. Recurso especial provido.” (STJ, 6ª T., REsp n. 510.830/MA, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 16.09.2004, publicado no DJ de 04.10.2004, p. 352). *No mesmo sentido*: acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, DEResp 506.374/RS, rel. Min. José Delgado, j. 25/08/2004, DJ de 04/10/2004, p. 202. *Ainda no mesmo sentido*: 2ª T., REsp n. 585.853/RS, rel. Min. Franciulli Netto, j. 25.05.2004, publicado no DJ de 30.08.2004, p. 263; 3ª T., AGResp n. 618.516/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29/06/2004, DJ de 30/08/2004, p. 285.

À evidência, para demonstrar a divergência faz-se necessário proceder ao cotejo analítico, *não* sendo suficiente a mera *transcrição de ementas*.

Enfim, deve-se demonstrar que os acórdãos – tanto o recorrido como o paradigma – versam sobre casos que tenham a mesma base fática, ou seja, que trataram de caso bastante semelhante e que, por outro lado, adotaram teses jurídicas opostas.

Embora a jurisprudência do STJ tenha assentado o entendimento no sentido de que a mera transcrição de ementas é insuficiente para demonstrar o dissídio jurisprudencial, se a ementa contiver todos os detalhes do caso, será o bastante para, feito o cotejo analítico, ter como comprovada a divergência jurisprudencial.

Aí está a importância de uma boa, detalhada e esclarecedora ementa. Se, no recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, não se aceita a mera transcrição de ementas, nada obsta que o dissídio jurisprudencial seja demonstrado, com base em simples ementa. Na verdade, o que não satisfaz, para efeito de admissibilidade de recurso especial pela divergência jurisprudencial, é a mera transcrição de ementas. O que se impõe é o *confronto* ou *cotejo* analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma.

Ora, se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar o recurso especial pela divergência jurisprudencial, *desde que* seja feito o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e a ementa do acórdão paradigma¹⁰⁶.

Muito embora se deva fazer o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma (ou a ementa deste), há decisões do próprio STJ atenuando a formalidade e dispensando tal cotejo analítico, quando se tratar de *divergência notória*. Nesse caso, o rigor do confronto analítico é amainado, aceitando-se mera referência ao dissídio pretoriano.

Cumpre, finalmente, fazer uma observação.

A divergência jurisprudencial é hipótese autônoma de fundamentação de recurso especial? Pode um recurso especial ser conhecido e provido pela letra *c* e não pela letra *a*, tendo sido interposto com base em ambas?

A questão é polêmica.

106. Assim já decidiu o STJ: acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, EDREsp 150.467/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.06.1999, publicado no *DJ* de 23.08.1999, p. 121.

De um lado, sobressai entendimento que defende ser autônoma a hipótese de cabimento de recurso especial fundado na divergência jurisprudencial. Com efeito, “no caso da alínea *c* daquele dispositivo, o recorrente não lamenta um vício de atividade (*error in procedendo*) ou de avaliação jurídica (*error in iudicando*), mas aponta fundamento autônomo – e extrínseco do julgado – qual seja a contingência deste se apresentar divergente de acórdão(s) de outro(s) Tribunal(is), assim dando o mote ao STJ para emitir a última voz sobre a controvérsia, como guardião do Direito Federal, comum”¹⁰⁷.

Avulta, por outro lado, entendimento segundo o qual a divergência jurisprudencial *não* constitui fundamento autônomo do recurso especial, devendo, nesse caso, o recorrente demonstrar que a interpretação adotada na decisão recorrida não é a correta, estando a hipótese abrangida pela letra *a* do inciso III do art. 105 da CF. Na verdade, a demonstração do dissídio jurisprudencial consiste em *mero reforço* do fundamento de violação à lei federal¹⁰⁸.

Adota-se a primeira interpretação. O segundo entendimento esvazia o conteúdo do comando constitucional previsto na letra “c”, olvidando, exatamente, que o objetivo do texto é o de permitir que o Superior Tribunal de Justiça uniformize a interpretação da lei federal e, com isso, forneça paradigmas que tornem mais previsíveis as decisões judiciais, diminuindo a insegurança jurídica. Toda interpretação que favoreça à uniformização da jurisprudência deve ser prestigiada. O sistema jurídico brasileiro tem sido estruturado partindo-se desta premissa. A eficácia vinculativa dos precedentes jurisprudenciais consolidados na súmula do STF (art. 103-A, CF/88) ratifica esse posicionamento. Ademais, é preciso lembrar que, o inciso III do art. 105, a CF/88 consagra um direito de acesso aos tribunais superiores, cuja interpretação não pode ser restritiva.

Nessa hipótese de cabimento do recurso especial, não há necessidade do questionamento.

Finalmente, impõe-se aduzir que, para que se admita o recurso especial pela hipótese da letra *c*, é preciso que a divergência seja atual. Além do mais, se a jurisprudência do STJ se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido,

107. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, n. 3.1.2., p. 290.

108. PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, n. 9.3.3., p. 185-186. Assim, também. JORGE, Flavio Cheim. “O recurso interposto pela letra ‘c’ do art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988”, cit., p. 30; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, cit., p. 238-245.

não cabe o recurso especial pela divergência jurisprudencial (enunciado 83 da Súmula do STJ).

17.6. Recurso extraordinário em julgamento de recurso especial

Admite-se a interposição de recurso extraordinário contra acórdão que julgar recurso especial. O STF já se posicionou sobre o tema, sistematizando-o:

“1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. (STF, Pleno, AI n. 145.589-RJ-AgRg, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.06.1994, p. 16.652)”.

Eis algumas situações imaginadas: a) o STJ deixar de aplicar, por entender inconstitucional, a lei sobre cuja interpretação se discute; b) ou julgar sem a observância dos requisitos formais constitucionais exigidos para o cabimento do recurso especial; c) ou dar interpretação nova que a parte entende ser inconstitucional (STF, 1ª. T., AG n. 141.518-DF-AgRg, rel. Min. Moreira Alves, publicado no DJ de 11.03.1994, p. 4.113).

17.7. Controle difuso da constitucionalidade da lei federal apontada como violada

É possível que o STJ exerça o controle difuso da constitucionalidade da lei apontada como violada. No entanto, é preciso evitar que esse entendimento leve à usurpação da competência do STF¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

A regra é a seguinte: não pode o STJ examinar a questão constitucional se ela já estiver preclusa, em razão da não impugnação pelo recurso correto na instância ordinária (o acórdão assentava em fundamentos constitucional e legal e a parte vencida não interpôs o recurso extraordinário). A situação muda de figura se não havia interesse na interposição do recurso extraordinário¹¹¹ contra o acórdão

109. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 301.

110. “Recurso extraordinário – Prejuízo – Interposição simultânea com o especial conhecido e desprovido. O conhecimento do recurso especial, passando o Superior Tribunal de Justiça a apreciar matéria de fundo nele versada, implica a substituição prevista no artigo 512 do Código de Processo Civil. O Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira do conhecimento do especial, tem competência para, como todo e qualquer órgão investido do ofício julgante, exercer o controle difuso”. (STF, 2ª. T., AG 223.494-MS-AgRg, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.05.1999, p. 7).

111. Quer porque, embora rejeitada a alegação de inconstitucionalidade, a parte saiu-se vencedora em outro argumento; quer porque a alegação de inconstitucionalidade não tenha sido examinada, conquanto tenha obtido êxito a parte com outro argumento (cf. STJ, 3ª. T., REsp 5.155-SP-EDcl, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 16.04.1996, RSTJ 85/189).

proferido na instância ordinária; por exemplo: a parte venceu, mas a sua alegação de inconstitucionalidade da lei foi repelida.

Nesta situação, duas são as soluções alvitadas, pois “do contrário a parte ver-se-ia privada de ter acesso ao Supremo Tribunal (...), a fim de discutir a constitucionalidade de lei federal, o que não é aceitável (...)”¹¹²: a) no julgamento do recurso especial poderia o STJ examinar a questão constitucional, de ofício ou por provocação da parte vencedora nas contrarrazões do recurso especial interposto pela parte vencida; e contra este julgamento caberá recurso extraordinário, posição que nos parece mais correta, tendo em vista a aplicação do enunciado n. 456 da súmula do STF, já examinado;¹¹³ b) interposição, de logo, de recurso extraordinário condicionado à procedência do julgamento do recurso especial interposto pela outra parte,¹¹⁴⁻¹¹⁵ como visto no item sobre recurso adesivo, no capítulo sobre a teoria geral dos recursos.

18.8. Recurso especial em reexame necessário

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo ser incabível o recurso especial contra acórdão proferido em reexame necessário. Não havendo apelação do ente público, mas tendo o caso sido rejuulgado pelo tribunal em razão do reexame necessário, não seria cabível o recurso especial, pois haveria, nessa hipótese, preclusão lógica.

Ao enfrentar o REsp 904.885/SP, a 2ª Turma do STJ, verificando haver precedentes em sentido divergente da 1ª Turma, resolveu afetar o julgamento à 1ª

112. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 304. “Seja qual for o caminho que se lhe aponte, tal direito tem de ser respeitado. A possibilidade de reiterar a arguição é inerente ao exercício do direito de ação, constitucionalmente assegurado (art. 5º, n.º XXXV)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição”. *Direito aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 254).

113. “Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição”, cit., p. 262-263.

114. Contra: OLIVEIRA, Gleydson Lopes de. *Recurso especial*, cit., p. 304-305; “O agravo não há de prosperar. Com efeito, nenhuma razão assiste ao recorrente em condicionar a apreciação do apelo extremo ao julgamento de eventual recurso especial que venha a ser interposto pelo Município, causando-lhe eventual sucumbência. A via recursal não se presta a condicionantes, tampouco a eventualidades, mas a fatos concretos que viabilizem sua interposição” (STF, 2ª. T., AG 181.360, DJ 18.04.1996, p. 12.154).

115. A favor: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição”, cit., p. 265-270. Barbosa Moreira, citando doutrina alemã, aponta a possibilidade de inserção de condição em ato processual, dès que se trate de condição *intraprocessual*, jamais *extraprocessual*. As condições intraprocessuais “não acarretam incerteza, desde que a parte ou o adversário já haja praticado ou pratique simultaneamente outro ato, não subordinado a condição, que para a decisão ministre por si só base segura, caso não a ministre o ato condicional, por não ocorrer o fato posto como condição. Entre os exemplos que ilustram a lição, figura precisamente, com apoio em extensa casuística, haurida na jurisprudência dos tribunais, o da interposição eventual de recursos...” (p. 265). Aventa, ainda, a interposição de recurso adesivo condicionado.

Seção, vindo a ser firmado o entendimento de que não cabe o recurso especial em reexame necessário, quando não interposta apelação pela Fazenda Pública, dada a existência de preclusão lógica.

A conclusão a que chegou a 1ª Seção do STJ em tal julgamento funda-se na existência de uma preclusão lógica: seria incompatível o recurso especial com a ausência do recurso de apelação.

Tal entendimento não se revelava adequado, tal como demonstrado neste *Curso*, na edição anterior.

Instada a manifestar-se sobre tal orientação, a Corte Especial do STJ chegou a conclusão diversa, acolhendo o posicionamento defendido neste *Curso*, entendendo ser cabível o recurso especial em reexame necessário. Em precedente específico, assim se manifestou a Corte Especial do STJ:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE.

RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA (POR QUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NO CASO, ADEMAIS, ALÉM DE ERROR IN JUDICANDO, RELATIVAMENTE À MATÉRIA PRÓPRIA DO REEXAME NECESSÁRIO, O RECURSO ESPECIAL ALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL POR ERROR IN PROCEDENDO, OCORRIDO NO PRÓPRIO JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU, MATÉRIA ACUJO RESPEITO A FALTA DE ANTERIOR APELAÇÃO NÃO OPEROU, NEM PODERIA OPERAR, QUALQUER EFEITO PRECLUSIVO.

PRELIMINAR DE PRECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS À 1ª. TURMA, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.” (Acórdão da Corte Especial do STJ, REsp 905.771/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 29/6/2010, *DJe* de 19/8/2010).

Esse é, então, o atual entendimento do STJ: cabe o recurso especial em reexame necessário. Não há qualquer tipo de preclusão na ausência de apelação, não havendo óbice à interposição de recurso especial contra o acórdão que julga o reexame necessário. É possível, ainda, que o erro de procedimento ou de julgamento surja no acórdão que apreciou o reexame necessário, não havendo, portanto, óbice à interposição do recurso especial.

A falta de interposição do recurso é um *ato-fato*, ou seja, *independe da vontade*. Não se avalia a vontade. A parte pode deixar de recorrer por diversos motivos, não importando qual foi a vontade. Não há nenhum ato incompatível

com a possibilidade futura de interpor recurso especial. Nem se pode saber qual foi a vontade da Fazenda Pública.

Não há nenhuma conduta contraditória ou desleal da Fazenda Pública em não recorrer. Como existe o reexame necessário, é legítimo que deixe de haver recurso, pois o caso já será revisto pelo tribunal. Ao deixar de recorrer, a Fazenda está valendo-se de uma regra (antiga, diga-se de passagem) que lhe garante o reexame da sentença pelo tribunal. Não houve ato em sentido contrário, nem há qualquer contradição.

Enfim, o STJ entendia não caber recurso especial em reexame necessário, quando não interposta apelação pela Fazenda Pública. Tal entendimento veio a ser alterado, ajustando-se ao entendimento prevalecente na doutrina.

17.9. Julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos.

A Lei Federal 11.672/2008 acrescentou o art. 543-C ao CPC, que cuida do procedimento para processo e julgamento de recursos especiais “repetitivos”, aqueles em que se discute uma mesma questão de direito.

Segue-se o modelo de regramento do processo para julgamento dos recursos extraordinários repetitivos (art. 543-B, CPC), examinado no item sobre repercussão geral, mais à frente, para onde se remete o leitor. Assim: a) o tribunal local deverá proceder à seleção dos recursos que mais bem representem as discussões em torno da questão, que será julgada *por amostragem* (art. 543-C, § 1º, CPC); b) permite-se a intervenção de *amicus curiae* neste julgamento (art. 543-C, § 4º, CPC); c) julgado(s) o(s) recurso(s) especial(is) selecionado(s), os outros, cujo processamento ficou sobrestado na origem, I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ou II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. Os comentários feitos ao art. 543-B, CPC, no item sobre *repercussão geral*, servem ao exame do art. 543-C, *mutatis mutandis*, inclusive quanto à observação relativa ao controle da decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local que determina o sobrestamento de recurso que não contém afinidade ou similitude com aquele(s) selecionado(s) para exame pelo tribunal superior (conforme ali se defende, cabe reclamação constitucional contra tal determinação equivocada de sobrestamento).¹¹⁶

116. Consoante explicitado no item deste volume 3 que trata da repercussão geral, o STF entende que cabe um pedido de reconsideração ao próprio Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local para que o recurso não fique sobrestado, por tratar de outro tema ou por conter peculiaridade que merece exame destacado do recurso representativo da controvérsia, a ser julgado por amostragem. Dessa decisão cabe agravo interno para o próprio tribunal local. Para que se veja, entretanto, examinado pedido de reconsideração, é preciso

Há, porém, regras novas.

que haja o exame prévio da admissibilidade do recurso. Se o recurso for inadmissível, já se lhe deve negar seguimento, e não simplesmente afastar o sobrestamento. Admitido o recurso, aí sim deve ser apreciada a reconsideração, a fim de ser acolhida ou rejeitada. O STJ assim decidiu, em acórdão que ostenta a seguinte ementa, cuja transcrição merece ser feita: “PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO QUE ESTÁ CONDICIONADO AO PRÉVIO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 543-B, § 3º, C/C ARTIGO 542, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I. É sedimentado na doutrina que pode ser feita “uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso”. 2. Por mais que o objetivo da repercussão geral seja consolidar o exame da matéria num único julgamento considerando todas as premissas relacionadas ao tema; por mais que se defenda a objetivação do controle difuso, com a extensão dos efeitos do julgamento do recurso extraordinário para além dos litigantes, deve-se recordar que, mesmo as ações objetivas, guardadas as devidas adaptações, sujeitam-se às condições da ação e aos pressupostos processuais e, pois, qualquer recurso, inclusive aqueles sobrestados na origem devem se sujeitar ao juízo de admissibilidade. 3. Se a pretensão do recorrente estiver maculada no plano da existência ou da validade, o órgão responsável pelo julgamento não poderá apreciar o conteúdo da postulação, seja porque, pela lógica formal, o que juridicamente não existe não é elemento nem óbice de nada; seja porque, como regra, ato nulo não pode surtir efeitos jurídicos (como o efeito regressivo) e, mesmo que se reconheça que estes podem ser gerados, não exsurtem justificativas válidas no ordenamento para a proteção deles no presente caso. Pelo contrário! 4. Não se pode, a pretexto de atingir uma igualdade formal simplista, a qual não mais encontra guarida no nosso sistema jurídico, dispensar os requisitos de admissibilidade dos extraordinários sobrestados na origem e desconsiderar que entre os jurisdicionados há aquele mais diligente, que se preocupou com esgotar previamente as instâncias ordinárias e fazer-se compreender em sua petição, prequestionou as questões suscitadas nas razões do recurso, resguardou-se contra os prazos extintivos, constituiu advogado e este, por sua vez, firmou a petição... Enfim, há o litigante que cumpriu essas e outras condições que, de uma forma ou de outra, encontram arrimo no texto constitucional, cujas normas não só asseguram a razoável duração do processo, mas amparam o devido processo legal, traçam as hipóteses do apelo extremo, protegem a segurança jurídica, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a igualdade - esta em seu sentido material -, reconhecem o advogado como indispensável à administração da justiça, etc. 5. Não se ignoram os recentes precedentes em desfavor do prévio juízo de admissibilidade dos recursos sobrestados. Contudo, causa perplexidade tal entendimento, uma vez que, em último caso, sua adoção viabilizaria a teratológica retratação do artigo 543-B, §3º, do CPC, ante a mera juntada por um rúbula de uma receita de bolo acompanhada de um simplório pedido de reconsideração aos autos de um processo há muito arquivado, contra o qual decorreram todos os prazos extintivos. Isso sim sacrifica os direitos e garantias acima elencados! 6. A leitura atenta do artigo 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal permite verificar que tal dispositivo impõe a emissão do juízo de admissibilidade, pelo Tribunal de origem, sobre o recurso extraordinário sobrestado assim que o Supremo Tribunal Federal decida o mérito recurso representativo da controvérsia. Ou seja, o Tribunal de origem não emitirá exame de admissibilidade sobre os recursos extraordinários interpostos até o julgamento do mérito do *leading case*. A contrario sensu, uma vez julgado o recurso representativo da controvérsia, deverá o Tribunal de origem proceder a essa análise, que, aliás, precede o julgamento de qualquer apelo em qualquer instância, por força de expressa previsão legal - artigo 542, §1º, do CPC. 7. Mutatis mutandis, aplica-se o entendimento adotado neste colegiado no sentido de ser inaplicável o regime disposto no art. 543-C do CPC, estabelecido pela Lei 11.672/2008, ao recursos especiais que não preenchem os requisitos de admissibilidade do recurso especial. 8. Não se pode fulminar por completo os meios e recursos válidos e legítimos constituídos pelo Estado-legislador para se privar alguém de sua liberdade ou de seus bens, a ponto até de suprir a ineficiência ou inatividade de alguns litigantes (em ofensa ao princípio do dispositivo e da impessoalidade), sobretudo se vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que todos devem submeter-se as normas por ele estabelecidas e se o artigo 542, §1º, do CPC, cuja redação cuida do primeiro juízo de admissibilidade, ainda se encontra em vigor e não traz restrições quanto à sua aplicação aos recursos sobrestados na origem. 9. Assim, deve ser mantida a decisão que determinou a remessa dos autos à Vice-Presidência para que se efetue o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. 10. Agravo regimental não provido.” (Acórdão da 2ª Turma do STJ, AgRg no AgRg nos EDCI no AgRg no Ag 1.230.236/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 06/11/2012, DJe 12/11/2012).

Se o tribunal de origem não proceder à seleção dos recursos especiais mais representativos, conforme determina o § 1º do art. 543-C, poderá o relator do recurso especial determinar, *ex officio*, a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. Para tanto, é preciso que verifique se já há jurisprudência dominante sobre a controvérsia, ou se ela já está afeta ao colegiado a que pertence (art. 543-C, § 2º, CPC).

Para instruir o julgamento por *amostragem*, o relator poderá solicitar informações dos tribunais de segunda instância a respeito da controvérsia, que, no caso, funcionarão como *amici curiae* (art. 543-C, § 3º, CPC).

Impõe-se, também, a intimação do Ministério Público, para que se manifeste em quinze dias no procedimento para julgamento do recurso especial por *amostragem* (art. 543-C, § 5º, CPC).

Estabelece-se a preferência para esse julgamento, ressalvados os casos que envolvam *réu preso* e *habeas corpus* (art. 543-C, § 6º, CPC).

O art. 543-C e seus parágrafos estabelecem regras sobre o *procedimento* do recurso especial. Nada dizem sobre a sua admissibilidade. Assim, não há problema no art. 2º da Lei Federal n. 11.672/2008, que determina a aplicação imediata da nova lei, mesmo aos recursos já interpostos por ocasião do início de sua vigência.

Para regulamentar o procedimento relativo aos recursos especiais repetitivos, a Presidência do STJ editou a Resolução n. 8, de 07 de agosto de 2008, estabelecendo que, no caso de haver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente do tribunal de origem deve, ao admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, suspender a tramitação dos demais até o julgamento definitivo do Tribunal.

Deve o Presidente do tribunal local selecionar pelo menos 1 (um) processo de cada relator, mais precisamente os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial. A suspensão, que será certificada nos autos, pode ser estendida aos demais recursos.

Segundo entende o STF, não cabe agravo (CPC, art. 544) da decisão que determinar o sobrestamento do recurso enquanto não se julgar o recurso selecionado, nem reclamação constitucional, sendo admissível, apenas, agravo interno para o próprio tribunal local. Eis, a propósito, o teor da ementa do seguinte precedente:

“RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA.

1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727.
2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil.
3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal.
4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.
6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco.
7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida.
8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno.
9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação.”¹⁷

Nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça não ser cabível o agravo previsto no art. 544 do CPC contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem que determina o sobrestamento do recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC.¹⁸

Significa que não se tem admitido, contra a decisão que determina o sobrestamento do recurso extraordinário ou especial enquanto não se julga o recurso representativo da controvérsia, o agravo previsto no art. 544 do CPC. O que o STF aceita, como visto, é o agravo interno para o próprio tribunal local.

Tal entendimento revela-se preocupante. Imagine-se que determinado recurso especial ou extraordinário foi sobrestado indevidamente, por não guardar pertinência

117. STF, Pleno, Rel n. 7569, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2009, publicado no DJe em 11.12.2009. No mesmo sentido, acórdão, por maioria de votos, da Corte Especial do STJ, na QO no Ag 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.2.2011..

118. “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC – NÃO CABIMENTO. 1. A decisão do presidente do Tribunal *a quo* que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC, não tem cunho decisório. 2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado. Agravo regimental improvido.” (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1.223.072/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 09.03.2010, publicado no DJc de 18.03.2010).

com o caso escolhido para julgamento por amostragem ou por versar sobre matéria diversa. O que deve a parte fazer? Segundo a orientação ministrada pelo STF, deve interpor agravo interno. E se tal agravo não for provido? O que fazer?

A demonstração de que há um *distinguishing* ou um *overruling* deve ser feita perante o tribunal superior, e não perante o tribunal local. Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não versar sobre o mesmo assunto do recurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escolhido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem.¹¹⁹

Nos termos do § 7º do art. 543-C do CPC, depois de julgado o recurso especial por amostragem pelo STJ, os demais recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento negado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ, ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ. Imagine-se que, julgado o recurso por amostragem, um dos recursos que estava sobrestado tem seu seguimento negado na origem. Suponha-se, entretanto, que há peculiaridade no caso que impediria essa negativa de seguimento. O que deve fazer a parte? Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça também não admite o agravo de instrumento. Aqui se fazem as mesmas críticas feitas logo acima a respeito do indevido sobrestamento.¹²⁰

-
119. Em interessante texto, Nicolas Mendonça Coelho de Araújo entende ser cabível mandado de segurança contra o ato do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local que determina equivocadamente o sobrestamento do recurso especial ou extraordinário. Segundo ali se defende, o ato que determina o sobrestamento não seria jurisdicional, sendo passível de mandado de segurança. Entende que não cabe agravo de instrumento para o tribunal superior, pois não haveria, no caso, exercício de juízo de admissibilidade. Parece-lhe, de igual modo, não ser cabível a reclamação constitucional, por não haver usurpação de competência, já que seria competência privativa do Presidente ou do Vice-Presidente do tribunal de origem. Também entende não ser cabível agravo interno, por se tratar de ato privativo do Presidente ou Vice-Presidente, não controlável pelo plenário ou corte especial do tribunal (ARAÚJO, Nicolas Mendonça Coelho de. “Meios de impugnação da decisão de sobrestamento do recurso especial em razão da instauração do procedimento do art. 543-C do CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 197, p. 359-371). Não obstante a boa lavra dos argumentos defendidos, não nos parece cabível, no caso, o mandado de segurança, pois não concordamos com a premissa de que não seria essa uma decisão jurisdicional. Na verdade, ao sobrestar indevidamente um recurso, o Presidente ou Vice-Presidente está a impedir que o tribunal superior aprecie o caso, o que equivale a lhe usurpar a competência.
120. “QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC. Agravo não conhecido.” (STJ, Corte Especial, QO no Ag n. 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 16.2.2011, publicado no *DJe* de 12.5.2011). Correta e digna de menção a fundamentação do voto vencido, da lavra do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI: “É cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC, visto que o artigo 543-C, ao instituir o sistema de julgamento de recursos repetitivos, não criou restrição ao regime constitucional de cabimento de recursos ao STJ, nem modificou os requisitos legais de admissibilidade dos recursos sobre matéria idêntica. É cabível a interposição de agravo de instrumento

Ainda nos termos da citada Resolução n. 8/2008, o agrupamento de recursos repetitivos deve levar em conta apenas a questão central de mérito, sempre que o seu exame for prejudicial à análise de outras questões secundárias, arguidas no mesmo recurso.

Se o Ministro Relator, no STJ, verificar a existência, em seu gabinete, de múltiplos recursos com fundamento nas mesmas questões de direito ou caso receba dos tribunais de origem recurso especial admitido como representativo da controvérsia, poderá, por simples despacho, afetar o julgamento de um deles à Seção. Na hipótese de a questão discutida no recurso disser respeito à competência de mais de uma Seção, ao Relator caberá afetar seu julgamento à Corte Especial. Em qualquer caso, a afetação será comunicada ao tribunal de origem, pela coordenadoria do órgão julgador, que poderá ser ou a Seção ou a Corte Especial.

O Ministro Relator, antes do julgamento, autorizará a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia¹²¹. De igual modo, o Ministro Relator, antes do julgamento, dará vista dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias. Nesses pontos, os termos da mencionada resolução reproduzem as regras contidas no art. 543-C do CPC, já mencionadas anteriormente.

Afetado o julgamento à Seção ou à Corte Especial, sua respectiva coordenadoria, ao receber o recurso especial, deverá incluí-lo na primeira pauta de julgamento que se encontre disponível, quando será julgado com preferência sobre os demais casos, exceto os processos relativos a réu preso e *habeas corpus*.

Além de incluir o recurso na primeira pauta disponível, caberá à respectiva coordenadoria comunicar a afetação, por ofício, aos demais Ministros integrantes

contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, inciso I, do CPC, porque negar o acesso ao STJ, nesse caso, equivaleria a conferir aos precedentes julgados pelo regime dos recursos repetitivos não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. É cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, inciso I, do CPC, porque não seria possível estender o requisito negativo de admissibilidade quando o recurso, além de versar sobre matéria julgada sob o sistema dos recursos repetitivos, trouxe também fundamento autônomo, por si só apto a reformar ou anular o acórdão recorrido, como ocorre na espécie, em que se alega violação ao artigo 535 do CPC. É cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, inciso I, do CPC, porque, como forma de preservar a eficácia dos julgamentos sob o regime dos recursos repetitivos, a legislação processual contempla mecanismos aptos a evitar a indevida e abusiva interposição de recursos protelatórios, mediante a aplicação de multas, nos termos dos artigos 14, III, 17, VII, 545 e 557, §2º, do CPC.”

121. Sobre a manifestação de interessados no recurso especial repetitivo, consultar, PATRIOTA, Marta. O procedimento da Lei nº 11.672/2008 a partir da manifestação do *amicus curiae*. *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 177-189.

do órgão julgador e extrair cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contrarrazões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e de outras peças indicadas pelo Ministro Relator, encaminhando-as aos integrantes do órgão julgador pelo menos 5 (cinco) dias antes do julgamento.

Publicado o acórdão do recurso especial afetado, o Ministro que tenha determinado a suspensão dos recursos fundados em idêntica controvérsia poderá julgá-los nos termos do art. 557 do CPC. Recursos especiais ainda não distribuídos, e que versem sobre a mesma questão, deverão ser julgados pelo Presidente do STJ, na forma da Resolução n. 3/2008.

Assim que for publicado o acórdão do STJ proferido no recurso especial afetado, cessa a suspensão dos demais recursos que ficaram represados nos tribunais locais, aos quais não será dado provimento se decisão do STJ coincidir com a conclusão a que chegaram os acórdãos recorridos. Na hipótese de verificar-se divergência entre os acórdãos recorridos e o julgamento do STJ, os recursos especiais que ficaram sobrestados na origem serão novamente submetidos ao órgão julgador competente no tribunal de origem, competindo-lhes reconsiderar a decisão para ajustá-la à orientação firmada pelo STJ, tudo em conformidade com o que já consta do art. 543-C do CPC¹²².

Todas essas regras aplicam-se, igualmente, aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões que inadmitiram recursos especiais cujo fundamento repousa em matéria repetitiva.

Segue a íntegra da Resolução do STJ n. 08, de 07 de agosto de 2008.

Resolução n. 08. de 07 de agosto de 2008.

Estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos.

O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo art. 21, XX, do Regimento Interno, “ad referendum” do Conselho de Administração, e

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar os procedimentos para admissibilidade e julgamento dos recursos especiais repetitivos, previstos na Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008,

RESOLVE:

122. Ao julgar os Embargos de Declaração no AgRg no Ag 1.067.829/PR, rel. Min. Herman Benjamin, a 2ª Turma do STJ reafirmou o entendimento já manifestado em outros casos de “ser desnecessário o trânsito em julgado da decisão proferida em Recurso Especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC para a adoção da tese nele firmada” (j. 09/10/2012, *DJe* 31/10/2012).

Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º A suspensão será certificada nos autos.

§ 4º No Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais de que trata este artigo serão distribuídos por dependência e submetidos a julgamento nos termos do art. 543-C do CPC e desta Resolução.

Art. 2º Recebendo recurso especial admitido com base no artigo 1º, caput, desta Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção.

§ 1º A critério do Relator, poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, na forma deste artigo, recursos especiais já distribuídos que forem representativos de questão jurídica objeto de recursos repetitivos.

§ 2º A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia.

Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator:

I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

II – dará vista dos autos ao Ministério Público por quinze dias.

Art. 4º Na Seção ou na Corte Especial, o recurso especial será julgado com preferência sobre os demais, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Parágrafo único: A Coordenadoria do órgão julgador extrairá cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contrarrazões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e de outras peças indicadas pelo Relator, encaminhando-as aos integrantes do órgão julgador pelo menos 5 (cinco) dias antes do julgamento.

Art. 5º Publicado o acórdão do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia:

I – se já distribuídos, serão julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil;

II – se ainda não distribuídos, serão julgados pela Presidência, nos termos da Resolução n. 3, de 17 de abril de 2008.

III – se sobrestados na origem, terão seguimento na forma prevista nos parágrafos sétimo e oitavo do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Art. 6º A coordenadoria do órgão julgador expedirá ofício aos tribunais de origem com cópia do acórdão relativo ao recurso especial julgado na forma desta Resolução.

Art. 7º O procedimento estabelecido nesta Resolução aplica-se, no que couber, aos agravos de instrumento interpostos contra decisão que não admitir recurso especial.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor em 8 de agosto de 2008 e será publicada no Diário de Justiça eletrônico ficando revogada a Resolução nº 7, de 14 de julho de 2008.

Brasília, 7 de agosto de 2008.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA

17.10. Desistência do recurso no procedimento de julgamento por amostragem

Viu-se que quando há uma questão repetitiva que se discute em diversos recursos especiais, esses serão submetidos à técnica de julgamento do art. 543-C do CPC, o julgamento por amostragem, de que se tratou no item acima. Conforme será visto no item sobre o recurso extraordinário, mais à frente, procedimento semelhante pode surgir também no julgamento do recurso extraordinário (art. 543-B, CPC). Significa que, em casos repetitivos, um ou alguns dos recursos são escolhidos para julgamento pelo STF ou STJ, ficando os demais sobrestados, no aguardo de tal julgamento. Realizado o julgamento pelo STF ou STJ, os demais recursos devem ter o mesmo destino daquele que foi destacado para julgamento.

Selecionado um recurso para julgamento, quando já pronto para ser levado a debate no órgão do STF ou STJ, pode o recorrente desistir dele? Em outras palavras, é eficaz a desistência de recurso destacado, por amostragem, para julgamento? A desistência do recurso, como se viu, produz efeitos imediatos (CPC, art. 158), não necessitando de homologação judicial, nem de concordância da parte contrária (CPC, art. 501). É dizer: não se pode, em princípio, rejeitar a desistência, pois não se *pede* a desistência; simplesmente se desiste e a desistência produz efeitos imediatos.

Há, contudo, um detalhe a ser observado.

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros

casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursal, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.

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

Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior.¹²³

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

Em determinada questão repetitiva, foram selecionados para julgamento no STJ dois casos, contidos nos REsp 1.058.114 e REsp 1.063.343. Em tais casos, o recorrente desistiu dos recursos, mas o STJ negou a desistência, não fazendo a distinção ora proposta. Parece mais adequado, como visto, entender que há revogação do recurso, pela desistência, mas deve ser realizado o julgamento no tocante ao procedimento instaurado com a seleção dos recursos para definição da tese pelo STJ.¹²⁴

123. Aderindo ao entendimento aqui manifestado, PINTO, Christian Barros. A desistência de recurso especial ou extraordinário afetado ao julgamento por amostragem. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, jun. 2009, v. 75, p. 9-18.

124. Para Christian Barros Pinto, se mais de um recurso tiver sido escolhido para julgamento por amostragem, tendo havido a desistência de apenas um deles, deve a fixação da tese ser estabelecida no outro recurso que não fora objeto de desistência. Não havendo outro recurso por amostragem, deve-se, na sua opinião,

18. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

18.1. Papel do STF

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como *paradigmáticas*, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação.

No espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.

18.2. Considerações gerais

Porque tem a função de guarda da Constituição Federal, ao STF cabe conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio de controle abstrato de constitucionalidade ou por meio do controle concreto, sendo este último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário (ver, porém, a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato, adiante examinada).

Daí se infere que: “o recurso extraordinário, portanto, sempre teve como finalidade, entre outras, a de assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal”¹²⁵.

Enfim, o papel do Recurso Extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento.

Nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal:

seguir a solução aqui preconizada. Nesse sentido, conferir, PINTO, Christian Barros. A desistência de recurso especial ou extraordinário afetado ao julgamento por amostragem. cit., p. 18.

125. ALVIM, Eduardo Arruda. “O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.” *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

“Art. 102. 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”.

Cabe analisar, uma a uma, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

Antes, contudo, uma observação.

Já se viu que o recurso especial somente é cabível, se o acórdão recorrido tiver sido proferido por tribunal de justiça ou por tribunal regional federal, sendo certo que não cabe recurso especial de acórdão proferido por órgão recursal dos juizados especiais cíveis.

No tocante ao recurso extraordinário, a situação é diferente. Ao disciplinar o cabimento do recurso extraordinário, o art. 102, III, da Constituição da República, estabelece ser adequado tal apelo para impugnar decisão que julgar a causa em última ou única instância, não fazendo, diferentemente do que sucede com o recurso especial, alusão a qualquer órgão jurisdicional que tenha proferido dita decisão.

Sendo assim, se um juiz ou órgão singular julgar a causa em última ou única instância, será cabível o recurso extraordinário. É o que ocorre, por exemplo, nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTN. Nesses casos, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. Os embargos infringentes, instruídos ou não com documentos novos, serão interpostos, no prazo de 10 (dez) dias, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada. Dessa decisão cabe recurso extraordinário.

De igual modo, cabe recurso extraordinário, diferentemente do que acontece com o recurso especial, contra decisão proferida por órgão recursal dos juizados especiais cíveis. A propósito, vale mencionar o que estabelece o enunciado 640 da Súmula do 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”.

Em suma, o recurso extraordinário cabe, em princípio, de decisão de órgão colegiado, mas há hipóteses, como visto, em que poderá ser manejado contra decisão de órgão singular ou de primeira instância.

Convém, ainda, fazer duas anotações. O STF entende que não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida em processamento de precatório (súmula, n. 733), porque se trata de decisão administrativa, e contra acórdão que defere medida liminar (súmula, n. 735), porque não é decisão final.

18.3. Cabimento com fundamento na letra “a” do inciso III do art. 102 da CF/88

Por essa hipótese, cabe recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal.

A contrariedade, nesse caso, deve ser direta e frontal, não cabendo recurso extraordinário, por ofensa indireta ou reflexa. O próprio texto constitucional tem de ter sido ferido, diretamente, sem que haja lei federal “de permeio”¹²⁶. Em outras palavras, se, para demonstrar a contrariedade a dispositivo constitucional, é preciso, antes, demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, então foi essa que se contrariou, e não aquela. Não cabe, portanto, o recurso extraordinário, cabendo, isto sim, o recurso especial para o STJ.

Não é por outra razão, aliás, que o enunciado 636 da Súmula do STF tem o seguinte teor: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

A norma constitucional tida como contrariada deve ter sido objeto de debate no acórdão ou na decisão recorrida. Deve, enfim, haver prequestionamento, como já destacado anteriormente.

Em sentido diverso, isoladamente: “Nem se diga do envolvimento, na espécie, de normas estritamente legais disciplinando a estrutura dos provimentos judiciais. Os princípios da legalidade e do devido processo legal estão a direcionar à observância de preceitos ordinários. Por isso mesmo, descabe potencializar a óptica no sentido de que a violência suficiente a impulsionar o recurso extraordinário há de ser frontal e direta. Caso a caso, cumpre ao Supremo Tribunal Federal perquirir a configuração do desprezo aos citados princípios e assim exercer a atividade precípua de guarda maior da Carta da República. Conclusão diversa implica relegar à inocuidade os preceitos asseguradores da intangibilidade desses princípios, tão caros às sociedades que se dizem democráticas” (RE n. 154.159, rel. Min. Marco Aurélio).

Se determinado decreto extrapola o poder regulamentar, resta ofendido o princípio da legalidade. O STF, entretanto, entende que, em casos assim, a hipótese não se situa no

126. Fábio José Moreira dos Santos informa as expressões normalmente utilizadas pelo STF para não admitir recurso extraordinário por ausência de ofensa direta à CF/88: necessidade de demonstração de ofensa à lei ordinária, ofensa inferida de prévia vulneração da lei, necessidade de verificação de negativa de vigência de lei federal, questão de interpretação de lei ordinária, existência de lei federal de permeio etc. (“Ofensa direta e frontal à Constituição Federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 186).

âmbito da constitucionalidade, mas no da legalidade¹²⁷. Logo, não cabe recurso extraordinário; o que cabe é recurso especial, por ofensa ao dispositivo do decreto que extrapolou o poder regulamentar¹²⁸.

18.4. Cabimento com fundamento na letra “b” do inciso III do art. 102 da CF/88

Decretada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, cabe recurso extraordinário para o STF, pois a este se confere a atribuição de ser o guardião da Constituição Federal, cabendo-lhe rever se a norma tida por inconstitucional realmente está contaminada por tal vício. Essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário dispensa o prequestionamento: o que importa é a manifestação do tribunal recorrido que decreta a inconstitucionalidade de uma lei ou de um tratado.

No capítulo relativo aos incidentes em tribunais (Capítulo XIV), vimos que a decretação de inconstitucionalidade submete-se à cláusula de reserva de plenário, devendo ser submetida a questão ao plenário ou órgão especial para que este analise, em abstrato, a inconstitucionalidade. Decretada a inconstitucionalidade, os autos retornam à turma ou câmara para julgamento do caso, fundamentando-se na inconstitucionalidade já reconhecida pelo plenário ou órgão especial.

O recurso extraordinário cabe, não da decisão do plenário ou órgão especial que decretou, em abstrato, a inconstitucionalidade do tratado ou da lei federal, mas da decisão final, da turma ou câmara, que julgou o caso, com base na declaração de inconstitucionalidade.

Por aí se vê que o recurso extraordinário cabe no controle concreto ou difuso de constitucionalidade. E no controle abstrato feito no âmbito estadual? É cabível o recurso extraordinário fundado na letra “b”?

A resposta é positiva.

Com efeito, desponta firme o entendimento do STF no sentido de admitir o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão proferido por Tribunal local que, em ADI, reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual em face de norma da Constituição do Estado, desde que tal norma constitucional constitua mera *repetição* de dispositivo da Constituição Federal. A propósito, cumpre transcrever o seguinte precedente:

127. Acórdão do Pleno do STF, ADI 2387, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 21/2/2001, *DJ* 5/12/2003, p. 18.

128. Acórdão da 2ª Seção do STJ, REsp 1.151.739/CE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/11/2012, *DJe* 17/12/2012.

“EMENTA: – Reclamação. Competência. 2. Ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual em face de norma da Constituição do Estado, que constitui mera repetição de dispositivo da Constituição Federal. 3. Competência do Tribunal de Justiça do Estado e não do STF, para processar e julgar originariamente a ação, na hipótese referida, cabendo, entretanto, da decisão definitiva da Corte local, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal, de observância obrigatória pelo Estado-membro, contrariar o sentido e o alcance desta. 4. Precedentes do STF. 5. Indeferida cautelar pleiteada a reclamação, interpôs-se agravo regimental. 6. O agravo regimental não afastou os fundamentos do despacho agravado, examinando, entretanto, o mérito da controvérsia posta na ação. 7. Agravo regimental desprovido”¹²⁹.

18.5. Cabimento com fundamento na letra “c” do inciso III do art. 102 da CF/88

Pelo permissivo da letra “c”, cabe recurso extraordinário, quando a decisão recorrida *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição*. Nesse caso, a decisão recorrida privilegiou a lei ou o ato locais em detrimento da própria Constituição Federal.

Na verdade, essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário pode e deve ser tratada conjuntamente com a hipótese seguinte, da letra “d”. A diferença específica entre elas está no *contraste* que o órgão *a quo* tenha feito: se o ato ou a lei local prevalece sobre a norma constitucional, cabe o extraordinário pela letra “c”. Diversamente, se a lei local atenta contra (*rectius*, invade competência de) lei federal, cabe recurso extraordinário pela letra “d”, pois, neste último caso, a questão também é constitucional, exatamente por guardar pertinência com a competência legislativa concorrente de que trata o art. 24 da Constituição Federal.

Se o tribunal local julgou válida lei ou ato local contestado em face da Constituição Federal, restou por privilegiar a lei ou o ato local. Haverá, então, possível ofensa ao texto constitucional, cabendo, então, o recurso extraordinário.

Em situações assim, é comum que a parte interessada tenha alegado a inconstitucionalidade da norma, e o tribunal não a tenha acolhido, julgando válida a lei ou o ato local. Nesses casos, não é necessário que se observe a cláusula de reserva de plenário, como veremos no capítulo relativo aos incidentes nos tribunais. A cláusula de reserva de plenário somente deve ser observada, quando

129. Acórdão unânime do Pleno do STF, AGRRCL n. 596/MA, rel. Min. Néri da Silveira, j. 30.05.96, DJ de 14.11.96, p. 44487.

se reconhece a *in*constitucionalidade da norma, e não quando tal *in*constitucionalidade é afastada.

18.6. Cabimento com fundamento na letra “d” do inciso III do art. 102 da CF/88

A redação anterior da letra “b” do inciso III do art. 105 autorizava a interposição do recurso especial quando o acórdão do tribunal recorrido fizesse valer lei local em detrimento de lei federal. Essa hipótese de cabimento foi deslocada para o rol do inciso III do art. 102 da CF/88, que cuida do recurso extraordinário. Agora são quatro as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

A mudança operada é correta¹³⁰.

De fato, não há hierarquia entre lei local e lei federal. O conflito que porventura houver entre elas dirá respeito tão-somente à competência legislativa, que é determinada por normas constitucionais (arts. 22 e 24)¹³¹. No bojo da discussão sobre a aplicação de lei local em detrimento de lei federal, há, sempre, a questão constitucional da competência legislativa.

Quando isso acontecia, sob a vigência do texto constitucional anterior a essa Emenda, o recorrente valia-se, quase sempre, de dois recursos, um para o STJ, com base na letra “b” do inciso III do art. 105, e outro para o STF, com base no art. 102, III, “a”. A alteração da regra constitucional deu racionalidade ao sistema: se houver discussão sobre a aplicação de lei local ou lei federal, o caso é de interposição de recurso extraordinário para o STF, que resolverá a dúvida em torno das regras constitucionais de competência legislativa.

Bastante razoáveis as ponderações de André Ramos Tavares: “seguindo a mesma lógica que norteou a introdução dessa nova hipótese de recurso extraordinário, poderia ter sido contemplada também a hipótese de decisão que julga válida lei federal contestada em face de lei local, pois também nesses casos poderá ter havido equívoco da decisão, sendo igualmente um problema constitucional de divisão de

130. Em sentido diverso, considerando ter havido uma expansão da competência do STF, avançando sobre área que deveria ficar reservada ao STJ, sem, contudo, atentar para os aspectos examinados no texto, AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116-117.

131. Percebeu o fenômeno José Afonso da Silva: “A questão suscitada no art. 105, III, “b”, não se limita a proteger a incolumidade da lei federal. Também o é, talvez principalmente o seja. Contudo, na base dela está uma questão constitucional, já que se tem que decidir a respeito da competência constitucional para legislar sobre a matéria da lei ou ato de governo local (...) Significa isso que a questão é suscetível de apreciação pelo STF, mediante recurso extraordinário”. (*Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 562). Também assim, TAVARES, André Ramos. “A repercussão geral no recurso extraordinário”. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 210.

competências. (...) A forma como está redigida a nova hipótese não se coaduna, portanto, com o modelo federativo brasileiro, que não deve dar tratamento privilegiado a nenhuma das entidades federativas (ou suas leis)”¹³².

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

O *tratado* é incorporado ao direito interno mediante procedimento de ratificação, ultimado com a edição de decreto. A alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF/88 dispõe caber recurso especial de acórdão que contrariar ou negar vigência a tratado.

Sucedo, porém, que, versando o tratado internacional sobre direitos humanos, poderá ser ele incorporado ao direito interno como norma de estatuta constitucional (emenda constitucional), se aprovado em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004). Assim, a violação a esse tipo de tratado implicará violação a texto constitucional, dando ensejo ao recurso extraordinário, não ao especial¹³³. Trata-se de mais uma repercussão da EC n. 45 no sistema de cabimento dos recursos extraordinários.

Antes da edição da EC n. 45, alguns autores defendiam que os tratados internacionais que tratassem de direitos humanos já teriam *status* constitucional, por força do § 2º do art. 5º da CF/88. A EC n. 45 confere-lhes a natureza de norma constitucional, apenas se respeitado o *iter* especial de aprovação previsto no § 3º do art. 5º. Sobre a controvérsia, que escapa dos limites desta obra, é interessante lembrar, à guisa de arremate, a lição de Flávia Piovesan:

“Desde logo, há que afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de

132. “A repercussão geral no recurso extraordinário”. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*, cit., p. 211.

133. TAVARES, André Ramos. “A repercussão geral no recurso extraordinário”. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 212.

direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação¹³⁴.

18.8. A repercussão geral

A EC n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF/88, inovando em matéria de cabimento do recurso extraordinário. Prescreve o dispositivo o ônus do recorrente de demonstrar “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, a fim de que o “tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros”. Embora seja da competência das turmas do STF o julgamento do recurso extraordinário, a análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo Pleno, a quem devem ser remetidos os autos¹³⁵.

O recorrente, além de ter de fundamentar o seu recurso em uma das hipóteses do art. 102, III, da CF/88, terá, também, de demonstrar o preenchimento desse novo requisito¹³⁶. A Lei Federal n. 11.418/2006 confirmou o entendimento de que se trata de ônus do recorrente a demonstração da existência de repercussão geral (art. 543-A, § 2º, CPC: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”)¹³⁷. O *quorum* qualificado é para considerar que a questão *não* tem repercussão geral. “É razoável afirmar, assim, que existe uma presunção em favor da existência de repercussão geral”.¹³⁸ Se for interposto o recurso extraordinário e este contiver um item ou tópico em que se demonstre (se afirme) a repercussão geral, passa, então, a haver uma presunção: presume-se

134. “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 72.

135. É ônus do recorrente demonstrar a repercussão geral, em tópico específico de suas razões recursais, sob pena de não ser admitido o extraordinário. Nesse sentido: RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/88). *Revista Dialética de Direito Processual*. 32:9-20. São Paulo: Dialética, novembro-2005, pp. 15-17.

136. Consideram inconstitucional essa regra, por violar o princípio da indisponibilidade dos recursos, “ceifando” exercício de direito fundamental, CUNHA Jr., Dirley, RÁTIS, Carlos. *EC 45/2004 – Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 44.

137. Ao julgar uma questão de ordem no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 663.637, o STF entendeu ser necessária, sempre, a existência de preliminar de repercussão geral no recurso extraordinário, mesmo que o próprio STF já tenha, na análise de outro recurso, reconhecido a presença de repercussão geral da matéria. Parece-nos exagerada a exigência, mas o STF entende, como se vê, ser necessária, sempre, a presença da preliminar no recurso extraordinário, sob pena de ser inadmitido.

138. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134. No mesmo sentido, BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 57.

que há repercussão geral, somente cabendo ao plenário do STF (por 2/3 de seus membros) deixar de conhecer do recurso extraordinário por falta de repercussão geral. Em outras palavras, somente o STF poderá dizer que não há repercussão geral, não podendo o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local fazer essa análise. É da apreciação exclusiva do STF dizer que não há repercussão geral. Isso não há dúvida. Para isso, deve o recorrente, em suas razões, incluir um item ou tópico tratando da repercussão geral. Se, nas razões do recurso, não houver demonstração de repercussão geral, não cabe o recurso, podendo não ser admitido, inclusive, pelo Presidente ou Vice do tribunal local. Este último não estará dizendo que não há repercussão geral; estará, apenas, observando o descumprimento de um requisito de admissibilidade relacionado à regularidade formal. Desta forma, é possível que a turma do STF *conheça* do recurso, por reputar geral a questão discutida, sem necessidade de remeter os autos ao plenário, desde que haja no mínimo quatro votos a favor da repercussão geral (art. 543-A, § 4º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006; se são onze ministros, e oito é o mínimo de votos para negar a existência de repercussão geral, é razoável dispensar a remessa ao plenário se quatro ministros já admitem o recurso extraordinário); não lhe é permitido, porém, considerar que o recurso, por esse motivo, é inadmissível.

Calmon de Passos, escrevendo à época da arguição de relevância, obtemperava: “A lei, por natureza e por definição, é norma geral e abstrata. Ela alcança, necessariamente, a muitos e sua aplicação jamais pode configurar ofensa ou ameaça de ofensa a um só ou a poucos, salvo situações excepcionais e aberrantes. A inexata aplicação da lei que se faz coisa julgada material e passa a constituir precedente influi muito mais do que se pode imaginar, pela força da inércia que o precedente traz em si mesmo, força esta que a cada dia que passa, com a precariedade da formação dos novos sabedores do Direito, mais poderosa se torna e mais ameaçadora. Na verdade, perquirir-se da relevância da questão para admitir-se o recurso é consequência da irrelevância do indivíduo aos olhos do poder instituído. Considerar-se de pouca valia a lesão que se haja ilegítimamente infligida à honra, à vida, à liberdade ou ao patrimônio de alguém, ou a outros bens que lhe sejam necessários ou essenciais é desqualificar-se a pessoa humana. Não há injustiça irrelevante! Salvo quando o sentimento de Justiça deixou de ser exigência fundamental na sociedade política. E quando isso ocorre, foi o Direito mesmo que deixou de ser importante para os homens. Ou quando nada para alguns homens – os poderosos”¹³⁹.

A correta exegese do dispositivo impõe que se façam algumas observações.

139. PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Da arguição de relevância no recurso extraordinário”. *Revista Forense – edição comemorativa dos 100 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. 1, p. 593-594.

a) O texto constitucional prescreve que o conteúdo normativo do que seja “repercussão geral” deve ser delimitado por lei federal. A Lei Federal n. 11.418/2006 tratou de fazê-lo, esclarecendo que a exigência já se aplica aos recursos interpostos a partir da data de início de sua vigência (art. 4º). O STF, porém, decidiu que esse requisito somente poderia ser exigido após o início da vigência da sua regulamentação pelo Regimento Interno do STF, cuja alteração foi publicada no dia 03.05.2007¹⁴⁰. Trata-se, então, de conceito aberto, a ser preenchido por norma infraconstitucional, que se valeu de outros conceitos jurídicos indeterminados, para que se confira maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer o Supremo Tribunal Federal¹⁴¹.

O § 1º do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006, prescreve que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam MARINONI e ARENHART, não é possível estabelecer uma noção *a priori*, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto¹⁴².

Há, porém, hipótese de presunção absoluta de repercussão geral: sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006). A presunção é plenamente justificável, pois reforça a força vinculativa das decisões do STF, não somente daquelas incluídas em enunciado de súmula vinculante (já protegidas de maneira enérgica pela permissão de utilização da reclamação constitucional – ver o capítulo sobre a reclamação, mais à frente), mas também dos enunciados de súmula não-vinculante (“súmula simples”) e à jurisprudência dominante não-sumulada.

Diversamente, se a decisão recorrida estiver *de acordo* com a jurisprudência ou a súmula do STF, não significa que falte ao recurso extraordinário repercussão

140. Foi o que decidiu o STF, em questão de ordem no AI 664.567, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.6.2007 – cf. Informativo STF 472.

141. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 558.

142. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. cit., p. 558.

geral. Estando a decisão de que se recorre em conflito com a jurisprudência do STF, há, como visto, presunção absoluta de repercussão geral. Se, ao contrário, a decisão recorrida estiver de acordo com o entendimento da Suprema Corte, não quer isto dizer que haja presunção de falta de repercussão geral.¹⁴³ Neste último caso, deve o recorrente demonstrar a existência de repercussão geral, provocando a manifestação do STF, o qual poderá, até mesmo, modificar seu entendimento, seja porque o contexto do momento impõe a mudança da orientação anteriormente firmada (o que caracteriza o chamado *overruling*), seja porque o caso contém peculiaridade que exige o afastamento ou a não aplicação do entendimento já assentado (caracterizando o chamado *distinguishing*). É relevante fazer essa observação, pondo em destaque esta última hipótese. A circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF não afasta, necessariamente, a existência de repercussão geral, o que evita o temido “engessamento” da jurisprudência e contribui para a constante revisão de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, sobretudo porque o STF adota a chamada interpretação concreta do texto constitucional a que aludem autores do porte de Friedrich Muller e Konrad Hesse, de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento.

b) Não se confunde essa nova regra com a antiga “arguição de relevância”¹⁴⁴, que existia ao tempo da CF/1969¹⁴⁵. Na arguição de relevância, a decisão do STF

143. EMENTA: INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora.

2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 566.519, 570.772 e 576.220.” (Acórdão na Repercussão Geral no RE 563.965/RN, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20/3/2008, *DJe* 070)

144. § 1º do art. 327 do Regimento Interno do STF: “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo tribunal”. Assim, STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forensc, 2005, p. 141.

145. No entendimento de Ivo Dantas, a *arguição de relevância* pode ser vista como *precedente remoto* da *repercussão geral*, podendo-se ainda apontar um *precedente próximo* na Medida Provisória n. 2.226, de 4 de setembro de 2001, pela qual se inseriu na CLT o artigo 896-A, nos seguintes termos: “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”. [Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário. *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 88].

não precisava de motivação¹⁴⁶ e ainda era tomada sob sigilo¹⁴⁷. A decisão sobre a repercussão geral precisa ser motivada (art. 93, IX¹⁴⁸, CF/88), será pública (não há mais julgamento feito pelo Poder Judiciário a portas fechadas, mesmo as administrativas, art. 93, IX e X¹⁴⁹, CF/88) e ainda se exige *quorum* qualificado para a deliberação¹⁵⁰. A decisão sobre a existência ou não de repercussão geral é *irrecorrível* (*caput* do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006).

c) Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias¹⁵¹, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica¹⁵². Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário¹⁵³; ii) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso da constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta in-

146. Circunstância que implicava a inconstitucionalidade do julgamento do STF proferido naquele incidente (por todos, PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Da arguição de relevância no recurso extraordinário”, cit., p. 600-607).

147. “A justificativa para que a decisão acerca da arguição de relevância fosse proferida em sessão secreta e não fosse fundamentada era a de que não se tratava de ato jurisdicional, mas de ato de natureza legislativa, já que com isso, os Ministros, que estabeleciam as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário no regimento interno do STF, estariam pura e simplesmente ‘acrescentando’ como que ‘mais um inciso’ ao art. 325, em cujo *caput* se previa os casos em que cabia o recurso extraordinário”. (MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 104).

148. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique a informação”.

149. “As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria da absoluta de seus membros”.

150. “O relator isoladamente ou mesmo a Turma não poderão negar conhecimento ao recurso por esse fundamento. Quando lhes parecer faltar a relevância geral, terão de remeter a questão ao Plenário”. (MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 97).

151. Assim, também, BARIONI, Rodrigo. “O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral”. *Reforma do Judiciário*. Teresa Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, William Santos Ferreira, Luiz Manoel Gomes Jr. e Octávio Campos Fischer (org.). São Paulo: RT, 2005, p. 722.

152. Em sentido semelhante, TAVARES, André Ramos. “A repercussão geral no recurso extraordinário”, cit., p. 215.

153. TAVARES, André Ramos. “A repercussão geral no recurso extraordinário”, cit., p. 216; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140.

interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais.

d) José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar a antiga arguição de relevância (2 ed. dos Comentários ao Código de Processo Civil, Forense), apontava as seguintes situações que configurariam relevância¹⁵⁴: i) decisão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, em grande quantidade de casos; ii) decisão capaz de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do Direito, ou particularmente significativa para seu desenvolvimento; iii) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública; iv) decisão que possa ter como consequência a intervenção do legislador no sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprir lacunas; v) decisão que seja capaz de exercer influência capital sobre as relações com os estados estrangeiros ou com outros sujeitos do Direito Internacional Público.

e) Medina, Wambier e Wambier propõem a seguinte sistematização dos critérios para a aferição da repercussão geral¹⁵⁵: i) *repercussão geral jurídica*: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”; ii) *repercussão geral política*: quando “de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”; iii) *repercussão geral social*: quando se discutissem problemas relacionados “à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações”; iv) *repercussão geral econômica*: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais¹⁵⁶.

f) Em razão da tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento do controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis (abaixo examinada), é correta a observação de que o pronunciamento do Plenário do STF sobre a *repercussão geral* de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do

154. De acordo com a sistematização feita por Calmon de Passos (“Da arguição de relevância no recurso extraordinário”, cit., p. 591-592).

155. Em sentido semelhante, GOMES JR., Luiz Manoel. “A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 101-102; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140-141.

156. MEDINA, José Miguel García, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, cit., p. 103-104.

Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada¹⁵⁷, haja ou não enunciado sumulado a respeito. Aplica-se por extensão o disposto no parágrafo único do art. 481 do CPC. A Lei Federal n. 11.418/2006 ratificou esse entendimento, conforme se vê da redação do § 5º do art. 543-A do CPC: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, e apenas nesses (pois a competência para decidir sobre a *repercussão geral* é do Plenário do STF), admitir-se-á o juízo de inadmissibilidade do recurso extraordinário, pela ausência de repercussão geral, por decisão do Presidente do tribunal *a quo*, ou por decisão de relator (art. 557 do CPC) ou por acórdão de Turma do STF. Também será dispensada nova manifestação do Plenário se o tema já foi decidido em ação de controle concentrado de constitucionalidade¹⁵⁸”.

O art. 323 do Regimento Interno do STF passou a dispor que o Presidente do STF atue como relator dos recursos extraordinários durante o processo de reconhecimento da repercussão geral. Vale dizer que, escolhido um recurso para julgamento por *amostragem*, enquanto não reconhecida a repercussão geral, todos os demais que tratem do mesmo tema haverão de ser distribuídos ao Presidente. Vindo a ser reconhecida a repercussão geral, os recursos, que estavam na presidência, serão distribuídos, por sorteio, aos seus respectivos relatores. Por seu turno, o art. 325 do Regimento Interno do STF passou a dispor que o relator do recurso paradigma possa reunir outros recursos que tratem do mesmo tema, a fim de avaliar o maior número possível de argumentos, firmando a melhor *ratio decidendi* para a hipótese posta a julgamento.

g) A Lei Federal n. 11.418/2006 instituiu um incidente de análise da repercussão geral *por amostragem*, semelhante ao que já existia para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, RISTF, revogado pela Emenda Regimental n. 21/2007)”.

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto no art. 543-B, CPC. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal,

157. MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. cit., p. 105.

158. TAVARES, André Ramos. “A repercussão geral no recurso extraordinário”. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*, cit., p. 216; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. “Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/88)”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 32, p. 17.

sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º do art. 543-B, CPC).

Enquanto não resolvida a existência da repercussão geral no recurso selecionado para exame do STF, os demais haverão de ficar sobrestados na origem. Caso encaminhados ao STF, este deverá determinar seu retorno para que fiquem no tribunal local, a aguardar o desfêcho daquele exame. No julgamento do RE 576.155/DF, rel. Min. Ricardo Levandowski, o STF entendeu que, no tocante aos recursos interpostos antes do advento da legislação que inseriu a repercussão geral e sua análise por amostragem, estes devem ficar sobrestados na secretaria do próprio Supremo Tribunal.

O art. 543-B do CPC relaciona-se com a verificação da existência, pelo STF, da *repercussão geral*, significando dizer que a regra contida em tal dispositivo pressupõe tenha o recurso extraordinário sido, antes, *admitido* (ou que tenha condições de ser admitido). Se o recurso extraordinário é inadmissível, *não* se aplica o art. 543-B do CPC, devendo já ter seu seguimento negado pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local. Consequentemente, o art. 543-B *não* se aplica ao agravo previsto no art. 544 do CPC. Não deve o Presidente ou Vice-Presidente sobrestar ou negar seguimento ao agravo, sob pena de usurpar competência do STF, que poderá ser assegurada em reclamação constitucional (Súmula do STF, n. 727). A inadmissibilidade de vários recursos extraordinários que versem sobre a mesma matéria *não* se opera, certamente, por falta de repercussão geral, até porque *não* cabe ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local decidir sobre isso. Quando se aplica o art. 543-B do CPC, está-se a aguardar a definição do STF quanto à existência ou não de *repercussão geral*, vindo a decisão a ser tomada a atingir todos os recursos extraordinários que ficaram sobrestados. Isso não deve ser aplicado aos agravos interpostos contra decisões que inadmitiram recursos extraordinários, ainda que todos tratem do mesmo assunto, pois tais agravos, certamente, não guardarão pertinência com a (in)existência de repercussão geral. O art. 543-B constitui uma técnica para demandas de massa, relacionando-se a casos cuja argumentação seja a mesma. Nessa hipótese, vários recursos são sobrestados, encaminhando-se ao STF um ou alguns para que lá se defina se haverá ou não, em tais recursos extraordinários, repercussão geral (não é demais insistir na afirmação de que tal análise é privativa do STF; daí o sobrestamento dos outros recursos extraordinários, até que o STF decida sobre a existência ou não da repercussão geral). A inadmissibilidade dos recursos extraordinários constitui, em tese, questão singular, e não de massa: um foi intempestivo; outro tratava de matéria de fato; outro, deserto; outro não tinha prequestionamento etc. Em nenhum deles, terá, certamente, havido decisão afirmando a ausência de repercussão geral, pois não é da competência do tribunal local fazer essa análise. Daí que o art. 543-B do CPC não se aplica aos agravos, mas apenas aos recursos extraordinários.

É preciso, contudo, observar um detalhe.

Em alguns tribunais, o Presidente ou Vice-Presidente nega seguimento ao recurso extraordinário, ao argumento de que não houve a violação ao dispositivo constitucional indicado nas razões recursais. Nesses casos, o agravo consiste, basicamente, na reprodução das razões do recurso extraordinário. Não parece

adequado que o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local possa fazer essa análise. Alegada a violação a norma constitucional, e estando presentes os demais requisitos extrínsecos e intrínsecos, deve admitir o recurso, não incursionando sobre a efetiva violação ou não ao texto constitucional. Há, contudo, quem faça essa análise e, assim, negue seguimento ao recurso extraordinário, ao argumento de que não houve a violação à apontada norma constitucional. O agravo repete, nesse caso, o recurso extraordinário, ficando, então, abrangido pela discussão, no STF, acerca da (in)existência da repercussão geral. Cabe, então, verificar se há, nos agravos, tal discussão quanto ao mérito da controvérsia, exatamente por terem os recursos extraordinários sido inadmitidos por falta de violação à apontada norma constitucional. Se houver, cumpre sobrestar não somente os recursos extraordinários, mas também os agravos que tratam do assunto. Se não houver, os agravos devem ser encaminhados ao STF para julgamento.

O art. 543-B prevê, assim, um caso de *conexão por afinidade* entre os recursos extraordinários em causas repetitivas. Sucede que, em vez de a conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamento simultâneos, outros são os seus efeitos jurídicos: escolha de alguns “recursos-modelo” e sobrestamento dos demais processos para o julgamento por amostragem. De fato, não seria razoável que a conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos em um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação (cf. v. I deste *Curso*), que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa.

Selecionado um ou mais casos para análise pelo STF, os demais, como visto, ficam sobrestados na origem, aguardando a solução que a Corte Suprema der quanto aos recursos para lá encaminhados. E se o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem determinar o sobrestamento de recurso que não se identifique com aquele(s) que foi(ram) selecionado(s) e encaminhado(s) ao STF? Qual medida a ser adotada? Nesse caso, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local está deixando de determinar o seguimento do recurso ou omitindo-se na sua remessa ao tribunal superior, o que acarreta, em última análise, uma usurpação de competência do STF, a permitir o ajuizamento de uma reclamação constitucional. Tal como demonstrado no Capítulo relativo à Reclamação Constitucional, esta cabe também quando a se verifica uma simples demora ou uma omissão na remessa de um recurso, a caracterizar, com isso, uma usurpação de competência. O Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, na hipótese ora aventada, determina o sobrestamento de um recurso que não tem qualquer semelhança com o que está no STF para ser examinada a repercussão geral. Nesse caso, ao determinar o sobrestamento, o Presidente do Tribunal de origem restou por impedir o encaminhamento do caso para o STF. Cabível, então, a reclamação constitucional. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (que, em tema de recursos, costuma ser aplicado sob a rubrica do princípio da fungibilidade), é razoável admitir o agravo (CPC, art. 544) ou, até mesmo, a medida cautelar, da mesma forma que sucede com a retenção ordenada indevidamente (CPC, art.

542, § 3º). Tudo isso também se aplica, *mutatis mutandis*, no caso de “escolha” dos recursos especiais em causas repetitivas (CPC, art. 543-C, § 1º).

Segundo entende o STF, não cabe agravo (CPC, art. 544) da decisão que determinar o sobrestamento do recurso enquanto não se julgar o recurso selecionado, nem reclamação constitucional, sendo admissível, apenas, agravo interno para o próprio tribunal local. Eis, a propósito, o teor da ementa do seguinte precedente:

“RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA.

1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727.

2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil.

3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal.

4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.

6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco.

7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida.

8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno.

9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação.”¹⁵⁹

Nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça não ser cabível o agravo previsto no art. 544 do CPC contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente

159. STF, Pleno, Rcl n. 7569, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2009, publicado no DJe em 11.12.2009. No mesmo sentido, acórdão, por maioria de votos, da Corte Especial do STJ, na OJ no AG 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.2.2011.

do tribunal de origem que determina o sobrestamento do recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC.¹⁶⁰

Significa que não se tem admitido, contra a decisão que determina o sobrestamento do recurso extraordinário ou especial enquanto não se julga o recurso representativo da controvérsia, o agravo previsto no art. 544 do CPC. O que o STF aceita, como visto, é o agravo interno para o próprio tribunal local.

Tal entendimento revela-se preocupante. Imagine-se que determinado recurso especial ou extraordinário foi sobrestado indevidamente, por não guardar pertinência com o caso escolhido para julgamento por amostragem ou por versar sobre matéria diversa. O que deve a parte fazer? Segundo a orientação ministrada pelo STF, deve interpor agravo interno. E se tal agravo não for provido? O que fazer?

A demonstração de que há um *distinguishing* ou um *overruling* deve ser feita perante o tribunal superior, e não perante o tribunal local. Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não versar sobre o mesmo assunto do recurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escolhido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem.

A mais importante inovação está no § 2º deste art. 543-B: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”. O STF julgará *um*, ou *alguns*, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) *a mesma questão de direito* – a(s) decisão(ões) recorrida(s) tem(êm) a mesma *ratio decidendi* (ver o capítulo sobre teoria da decisão no v. 2 deste *Curso*). Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que não subiram ao STF*, reputam-se não-conhecidos. Eis o *julgamento por amostragem*.

Em razão disso, é indispensável o aprimoramento da intervenção do *amicus curiae* no procedimento de análise da repercussão geral, de modo a que todos os interessados na solução desta *questão* possam manifestar-se. É esse o sentido do § 6º do art. 543-A do CPC: “(O) Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Esse dispositivo segue a

160. “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM. NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC – NÃO CABIMENTO. 1. A decisão do presidente do Tribunal *a quo* que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC, não tem cunho decisório. 2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado. Agravo regimental improvido.” (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1.223.072/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 09.03.2010, publicado no DJe de 18.03.2010).

linha do antigo inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF, que também permitia a intervenção do *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis, que será examinado no item seguinte.

A permissão de manifestação dos interessados é indispensável para a efetivação das garantias constitucionais processuais do devido processo legal e do contraditório.

Há ainda uma outra novidade.

Reconhecida a *existência* da repercussão geral, e “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se” (art. 543-B, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006). Note que foi conferido ao recurso extraordinário um *efeito regressivo*, mas com perfil dogmático um pouco diferente daquele usualmente utilizado na apelação (art. 296 do CPC, por exemplo) ou no agravo de instrumento, que permitem o juízo de retratação logo após a interposição do recurso. Seguiu-se, mais uma vez, o precedente normativo do Regimento Interno do STF, antigo inciso VII do § 5º do art. 321, que cuidava do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

Permite-se o juízo de retratação do órgão *a quo*, nesses casos, *após a decisão* do STF sobre a questão de direito que corresponde à *ratio decidendi* da decisão recorrida, no julgamento do recurso que subiu como amostra. A permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada *em abstrato*, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto.

Se não houver retratação, admitido o recurso extraordinário cujo processamento ficara sobrestado, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006).

Não obstante a previsão legal, a praxe tem relevado, na hipótese de provimento do recurso especial julgado por amostragem, os tribunais de segunda instância estão

mantendo seus acórdãos, não exercendo a retratação para seguir a orientação do STJ, o que tem tornado inefetiva e ineficaz a técnica de julgamento de recursos repetitivos. Com efeito, sem demonstrar qualquer diferença entre o caso concreto e a hipótese apreciada pelo STJ, os tribunais têm mantido seus acórdãos, acarretando a remessa de uma grande quantidade de recursos especiais para o STJ. Em outras palavras, sem realizar qualquer *distinguishing* ou *overruling*, os tribunais locais simplesmente mantêm seus acórdãos, em total desconsideração ao julgado proferido pelo STJ no recurso julgado por amostragem.

Tal situação acarretou a reação do Superior Tribunal de Justiça.

Em Questão de Ordem nos Recursos Especiais 1.148.726/RS, 1.146.696/RS, 1.153.937/RS, 1.154.288/RS, 1.155.480 e 1.158.872/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, a Corte Especial do STJ determinou o retorno dos autos aos tribunais de origem para que, considerando a *ratio decidendi* do recurso representativo da controvérsia, reconsiderem seus acórdãos ou, caso resolvam mantê-los, enfrentem a questão, demonstrando a razão pela qual aquela *ratio decidendi* não se aplica ao caso concreto, mediante as técnicas do *distinguishing* ou do *overruling*. Não se deve admitir, segundo entendeu o STJ, que o tribunal de origem simplesmente proceda a uma confirmação automática de uma tese já rejeitada pela Corte Superior em recurso especial julgado pela técnica do art. 543-C do CPC, sendo necessária uma nova apreciação fundamentada da matéria, até mesmo em razão do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que exige sejam fundamentadas todas as decisões judiciais.

Parece-nos correta a orientação firmada pelo STJ. Não se pode, simplesmente, ignorar o julgamento feito num recurso especial representativo da controvérsia e, sem qualquer fundamentação, manter e confirmar os acórdãos proferidos com conclusão contrária.

h) O Regimento Interno do STF foi modificado para regulamentar o procedimento para aferição da repercussão geral. Tal modificação operou-se pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007 (DOU de 3 de maio de 2007). Antes do início de vigência dessa regulamentação regimental, não se podia exigir o requisito da repercussão geral, conforme visto.

A alteração regimental cuidou de reproduzir normas já constantes da legislação de regência e de atribuir explicitamente ao Presidente do STF e ao relator do recurso extraordinário poderes que já se extraíam das regras gerais sobre processamento de recursos.

O que sobressai é a forma, agora prevista no Regimento Interno do STF, para que o Plenário afira a existência da repercussão geral.

Pretendeu-se eliminar entraves que ocorreriam na rotina do tribunal com a necessidade de remeter-se ao Plenário todo recurso extraordinário em que se suspeitasse da ausência de repercussão geral. A criação da repercussão geral, antes de sua regulamentação, gerou certa perplexidade: criou-se um mecanismo de filtragem, limitando a admissibilidade de recursos extraordinários, com vistas

a racionalizar a atividade da Corte Suprema. Por outro lado, exigiu-se que tal mecanismo fosse exercido pelo Plenário, impondo duplicidade de pautas e excesso de casos erigidos ao crivo do Pleno.

A repercussão geral sofria, então, o risco de conspirar contra sua finalidade de filtrar e racionalizar julgamentos no STF, implicando um inesperado transtorno procedimental.

Para evitar isso, o Regimento Interno do STF passou a contar com regras que permitem a deliberação colegiada *por meio eletrônico*.

Cabe ao relator – nos termos do art. 323 do Regimento Interno do STF – examinar os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário. À falta de algum requisito de admissibilidade (preparo, tempestividade, prequestionamento etc.), cumpre-lhe negar seguimento ao recurso. Estando, porém, presentes todos os requisitos de admissibilidade – e não sendo um recurso idêntico a outro cuja repercussão geral já tenha sido examinada antes, hipótese em que o relator pode aplicar o precedente (CPC, art. 543-B, § 3º; RISTF, arts. 323, § 1º, e 327, § 1º), nem de recurso que se fundamente em súmula ou jurisprudência dominante do próprio STF (CPC, art. 543-A, § 3º), hipótese em que há presunção absoluta de existência da repercussão geral, como visto – caberá ao relator manifestar-se sobre a existência ou não da repercussão geral, submetendo a questão aos demais ministros por meio eletrônico, que terão o prazo de 20 (vinte) dias para pronunciar-se.

Se, nesse prazo de 20 (vinte) dias, não chegar ao relator o número suficiente de manifestações para a rejeição da repercussão geral (sete manifestações que, somadas à do relator, perfazem um total de oito), estará cumprido o requisito, confirmando-se a existência de repercussão geral. Diversamente, se, nesse prazo, chegar ao relator o número suficiente de manifestações contrárias ao requisito, o recurso não será admitido por falta de repercussão geral.

Dessa sistemática de julgamento eletrônico extraem-se as seguintes conclusões.

A falta de manifestações suficientes no prazo de vinte dias acarreta um julgamento *tácito* ou *implícito*. A interpretação construída em torno do art. 93, IX da Constituição Federal abomina e impede a existência de julgamentos tácitos ou implícitos, por contrariar a exigência de fundamentação nas decisões judiciais. Não há, contudo, inconstitucionalidade nesse procedimento eletrônico previsto no Regimento Interno do STF. É que, como já visto, alegada pelo recorrente, em item ou tópico específico de seu recurso extraordinário, a

existência de repercussão geral é presumida, somente deixando de existir em caso de manifestação de pelo menos oito ministros do STF. A manifestação tácita confirma a presunção já existente, não ofendendo a exigência constitucional de fundamentação explícita.

Estabeleceu-se um prazo judicial preclusivo. Sabe-se que os prazos para juízes e tribunais costumam ser considerados como *impróprios*, não gerando preclusão, nem qualquer consequência. Nesse caso, há um prazo preclusivo: passados os vinte dias sem manifestação, entende-se que o ministro admitiu a existência de repercussão geral, não podendo mais pronunciar-se por sua inexistência.

Esse regramento sofreu uma alteração em 2009. A Emenda Regimental n. 31 acrescentou o § 2º ao art. 324 do Regimento Interno. A partir de então, se o relator do recurso extraordinário entender que a questão discutida é infraconstitucional, a ausência de manifestação dos demais ministros será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil. Ou seja: se o relator entender que a questão discutida é constitucional e manifestar-se sobre a repercussão geral, o silêncio dos demais ministros significa que há repercussão geral; se o relator entender que o recurso extraordinário não deve ser conhecido, porque a matéria é infraconstitucional, o silêncio dos demais ministros será entendido como manifestação pela ausência de repercussão geral.

O julgamento sobre a repercussão geral não se dará em sessão pública, com debates, discussões e, até mesmo, sustentação oral. Isso poderia ofender o princípio do contraditório, afastando o dever de debate entre juiz e partes. Para que não haja inconstitucionalidade no procedimento, impõe-se que se lhe confira ampla publicidade. O julgamento eletrônico não parece inconstitucional. O que se revela inconstitucional é um julgamento *secreto*, sem publicidade (CF/88, art. 93, IX). Cumpre, então, dar publicidade. Emitido pronunciamento do relator, será preciso proceder à divulgação desta sua manifestação, colocando à disposição dos interessados seu interior teor e, igualmente, de cada manifestação que lhe chegue, da lavra de cada um dos ministros que resolva exprimir seu entendimento. Tal publicidade é indispensável para viabilizar a apresentação de memoriais ou de petições com opiniões favoráveis à existência de repercussão geral e, até mesmo, para viabilizar a manifestação de terceiros, prevista em lei (CPC, art. 543-A, § 6º) e no Regimento Interno do STF (art. 323, § 2º).

Em suma, pode-se dizer que o relator do recurso extraordinário, já entendendo não haver repercussão geral, pode colher o pronunciamento dos demais, por meio eletrônico, na forma analisada. Entendendo que há repercussão geral, o relator leva o caso a julgamento para a turma, que, concordando com ele (até quatro votos ao

todo), irá confirmar a existência desse requisito. Do contrário, ou seja, se menos de quatro ministros afirmarem a presença de repercussão geral, deverá, então, o caso ser submetido ao plenário.

Não é ocioso acentuar e reafirmar que o julgamento por meio eletrônico só é possível, especificamente, para a repercussão geral, não se estendendo para outras situações, sob pena de ofender a garantia constitucional de fundamentação explícita das decisões.

O art. 328 do RISTF, após a Emenda Regimental n. 21/2007, determina que o Presidente do STF ou o relator do recurso, quando diante de questão suscetível de reproduzir-se em múltiplos processos, “comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica”. Note que essa providência pode ser tomada *ex officio*, sendo semelhante àquela que já existe para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (art. 21 da Lei n. 9.868/1999). A regra já existia para o julgamento dos recursos extraordinários provenientes dos Juizados Especiais Federais (antigo § 5º do art. 321 do RISTF), mas agora foi generalizada: aplica-se na análise da repercussão geral de qualquer recurso extraordinário.

18.9. A “objetivação” do recurso extraordinário

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos, por algumas mudanças bastante significativas. A EC n. 45/2004, por exemplo, criou a “súmula” vinculante em matéria constitucional (art. 103-A) e consagrou, no texto da Carta Magna, a orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, quer em ADIN, quer em ADC (art. 102, § 2º, CF/88).

Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao *controle abstrato*. Normalmente, relaciona-se o *controle difuso* ao *controle concreto* da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*. Normalmente, o *controle abstrato* é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o *controle*

concreto, de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O controle concentrado, no Brasil, é feito *principaliter*, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato¹⁶¹. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (§§ do art. 482). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par. ún., CPC).

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), publicada no DJ de 17.12.2003:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...)

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os

161. Sobre o tema, também, MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1999, n. 75, p. 244.

pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”¹⁶².

Há diversas manifestações deste fenômeno, que é importantíssimo, na legislação e na jurisprudência brasileiras.

a) O primeiro exemplo é o procedimento antigamente previsto para a análise do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regulado pelo art. 14, §§ 4º a 9º, da Lei Federal n. 10.259/2001¹⁶³ e no hoje revogado (pela Emenda Regimental n. 21/2007) § 5º do art. 321 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)¹⁶⁴. O procedimento para

162. O excerto foi retirado de MADOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 75-76.

163. “§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. § 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança. § 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça”.

164. “§ 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; II – o relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias; III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º; IV – o relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; V – recebido o parecer do Ministério Público Federal, o relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, *habeas corpus* e mandado de segurança; VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo

julgamento deste recurso permitia a intervenção de interessados na discussão da tese (inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF); a decisão do STF era vinculante para as turmas recursais, que deveriam retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme fosse (inciso VII do § 5º do art. 321 do RISTF); e, ainda, poderia ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versassem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgasse o recurso (inciso I do § 5º do art. 321 do RISTF), norma semelhante ao art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999, que cuida da ADC. Todas essas características, que revelam a “objetivação” do julgamento do recurso extraordinário, foram incorporadas ao regramento da análise da repercussão geral, conforme examinado no item anterior (arts. 543-A e 543-B, CPC, e art. 328 do Regimento Interno do STF).

b) O art. 103-A da CF/88 consagra a “súmula” vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

c) A Min. Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 375.011, constante do Informativo n. 365 do STF). A ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Importante precedente nesse sentido é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

d) No julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004¹⁶⁵, decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário

de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterá, se for o caso, súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização”.

165. Também neste sentido, RE n. 300.020, rel. Min. Sepúlveda Pertence, ata publicada no DJ de 24.10.2003.

somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento¹⁶⁶, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de interpretação que confirma o que se vem afirmando sobre a correta exegese do enunciado n. 456 da súmula da jurisprudência predominante do STF.

e) O § 3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo Pleno do STF, a despeito de não ter sido sumulado. Neste caso, revela-se a importância que se pretende conferir aos precedentes do STF, mesmo àqueles oriundos de processos não-objetivos.

f) O STF tem admitido reclamação constitucional como mecanismo processual para garantir a obediência às decisões, definitivas ou liminares¹⁶⁷, proferidas em ADIN ou ADC. O § 3º do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004, permite, da mesma forma, o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar “súmula” vinculante – editada, conforme visto, a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

g) O STF, no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do art. 29 da CF/88, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município. O TSE, diante deste julgamento, conferindo-lhe eficácia *erga omnes* (note-se que se trata de um julgamento em recurso extraordinário, *controle difuso*, pois), editou a Resolução n. 21.702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF. Essa Resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, “guardião da Constituição”, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição¹⁶⁸. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado:

166. AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48, com inúmeros argumentos. Analisou esse importantíssimo acórdão, reconhecendo a “objetivação” do recurso extraordinário MADOZ. Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 84-85.

167. Rel (QO) n. 1.507-RJ e Rel (QO) n. 1.652-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 21.9.2000; Rel n. 777-DF, 785-RJ, 800-SP, rel. Min. Moreira Alves, 10.4.2002. Sobre o cabimento de reclamação contra decisão judicial que desrespeita comando liminar em ADI, o acórdão *leading case* proferido na Rel. 2256-1, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2003, publicado no DJ de 30.04.2004.

168. Informativo do STF n. 398, 22-26 de agosto de 2005.

uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria.

h) O STF decidiu admitir, “considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001”, a sustentação oral de *amici curiae* (Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos – COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil) em julgamento de recurso extraordinário, ratificando, também neste julgamento, a tendência de “objetivação” do controle difuso, tantas vezes mencionada neste ensaio¹⁶⁹.

i) O Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC n. 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), aplicou o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia não-retroativa (*ex nunc*) à sua decisão¹⁷⁰. Ou seja: aplicou-se ao *controle difuso* de constitucionalidade um instrumento do *controle concentrado*, que é possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*. Esse julgamento, que foi interrompido por pedido de vista da Min. Ellen Gracie, foi concluído em fevereiro de 2006, quando o *habeas corpus*, já sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi definitivamente deferido, com decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do referido dispositivo, nos seguintes termos: “O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”¹⁷¹.

j) Tudo isso conduz a que se admita a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo

169. RE n. 416827/SC e RE n. 415454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 21.9.2005, publicado no Informativo n. 402 do STF, 19-23 de setembro de 2005.

170. “Salientou, ainda, a incidência do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99 também no controle incidental, e, considerando o reiterado posicionamento do Tribunal quanto ao reconhecimento da constitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos e as possíveis consequências decorrentes da referida declaração nos âmbitos civil, processual e penal, ressaltou que o efeito *ex nunc* conferido deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações passíveis de serem submetidas ao regime de progressão”. (Informativo do STF n. 372, 29 de novembro a 3 de dezembro de 2004).

171. Informativo do STF, n.418, 6 a 10 de Março de 2006.

Pleno do STF em *controle difuso de constitucionalidade*, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a “súmula” vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.

l) A 1ª T. do STJ acolheu o nosso entendimento, expressamente, no julgamento dos REsp n. 744.937 e 741.737, ambos relatados pela Min. Denise Arruda, j. em 04.04.2006, e publicados no DJ, respectivamente, em 19.06.2006, p. 111, e 12.06.2006, p. 445.

Assim, as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser divididas em quatro espécies, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) proferidas por uma turma, em controle difuso; b) proferidas pelo Pleno, em controle difuso, e ainda não consagradas em enunciado da súmula vinculante; c) posicionamentos já consagrados em súmula vinculante; d) decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira espécie (“a”) só tem eficácia *inter partes* e se constitui em precedente jurisprudencial de menor importância, até mesmo porque a outra turma do STF pode adotar posicionamento diverso (exatamente por isso admitem-se os embargos de divergência nessas situações).

A segunda espécie (“b”), como vimos, pode produzir efeitos *ultra partes*, como precedente jurisprudencial vinculativo, mas pode ser revista pelo Pleno do STF, surgindo novos fundamentos e tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto. É o que aconteceu com a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas envolvendo danos morais decorrentes da relação de trabalho, após a EC/45, em que o Pleno do STF, em um período de quatro meses, adotou posicionamentos antagônicos, prevalecendo a orientação pela competência da Justiça do Trabalho (ver o v. I deste curso, capítulo sobre competência).

A súmula vinculante (“c”) tem eficácia *erga omnes* e somente pode ser revista de acordo com os pressupostos previstos no § 2º do art. 103-A da CF/88. Revelam um estágio bem mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF, que, porém, ainda pode ser revisto, pois tomado a partir de decisões proferidas

em controle difuso, em que a questão constitucional aparece *incidenter tantum*, inepta para ficar imune pela coisa julgada material.

As decisões proferidas em controle concentrado – “d”): ADI, ADC e ADPF – ficam imunes pela coisa julgada material, não podendo ser revistas sequer por ação rescisória (art. 26 da Lei Federal n. 9.868/1999 e art. 12 da Lei Federal n. 9.882/1999). Trata-se do nível mais elevado de estabilidade a que pode chegar um posicionamento do STF em tema de interpretação da Constituição Federal.

19. ENUNCIADOS DAS SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO STJ E DO STF SOBRE RECURSOS EXCEPCIONAIS

19.1. Enunciados da Súmula do STF

- 735. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.
- 733. Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.
- 641. Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido.
- 640. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.
- 639. 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.
- 638. A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.
- 637. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.
- 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.
- 635. Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.
- 634. 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.

- 633.** É incabível a condenação em verba honorária nos recursos extraordinários interpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei 5.584/70.
- 528.** Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.
- 513.** A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou 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.
- 456.** O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.
- 454.** Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.
- 400.** Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III da Constituição Federal.
- 399.** Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.
- 356.** O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.
- 284.** É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.
- 283.** É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.
- 282.** É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.
- 281.** É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.
- 280.** Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.
- 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

272. Não se admite como ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.

20.2. Enunciados da Súmula do STJ

418. É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.
320. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.
256. O sistema de ‘protocolo integrado’ não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.
211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “*a quo*”.
207. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.
203. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.
187. É deserto o recurso interposto para o STJ, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.
126. 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.
115. Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.
86. Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.
13. A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.
7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
5. A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

CAPÍTULO VIII

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Sumário • 1. Objetivos dos embargos de divergência – 2. Hipóteses de cabimento – 3. Necessidade de a divergência ser atual e sua comprovação (confronto analítico) – 4. Procedimento.

1. OBJETIVOS DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência constituem um recurso (CPC, art. 496, VIII), com a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Seu objetivo é, em última análise, eliminar uma divergência *intra muros*, ou seja, afastar um conflito de entendimento na jurisprudência *interna* do tribunal superior.

O objetivo dos embargos de divergência é obter uma uniformização de jurisprudência *interna*, no âmbito do STJ ou do STF. Obtida a uniformização, atende-se ao segundo objetivo dos embargos de divergência: reformar/anular o acórdão embargado. Assim, providos os embargos de divergência, ao tempo em que se obtém a alteração do acórdão embargado, alcança-se seu objetivo maior, que é a uniformização da jurisprudência *interna* do tribunal superior.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Os embargos de divergência cabem do julgamento de *Turma*. Não são cabíveis em quaisquer tribunais, mas apenas no âmbito do STF e do STJ. A decisão deve ter sido proferida por *Turma*. Se tiver sido proferida por Seção ou por Corte Especial (no caso do STJ) ou pelo Plenário (no caso do STF), *não* serão cabíveis os embargos de divergência. É que, repita-se, somente cabem do julgamento de *Turma*.

Para que caibam os embargos de divergência, é preciso que o julgamento tenha sido proferido por Turma, em recurso especial (no caso do STJ) ou em recurso extraordinário (no caso do STF). Daí a nomenclatura utilizada no inciso VIII do art. 496 do CPC: “embargos de divergência *em* recurso especial e *em* recurso extraordinário”.

Por aí se vê que os embargos de divergência contêm, em princípio, 2 (dois) requisitos objetivos: a) julgamento proferido por Turma; b) em recurso especial ou em recurso extraordinário.

Então, se se tratar de julgamento de *outro* recurso que *não* seja extraordinário *nem* especial, *não* serão cabíveis os embargos de divergência. De igual modo, em se tratando de julgamento proferido por *outro* órgão que *não* seja a Turma, também *não* serão cabíveis os embargos de divergência.

A divergência pode dizer respeito tanto ao mérito quanto à admissibilidade do especial ou extraordinário¹. Não se exige ausência de unanimidade no julgamento do recurso. Ainda que tenha sido unânime, caberão os *embargos* se a decisão divergir de decisão já proferida por outro órgão do Tribunal. O aresto paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso, bem como de ação de competência originária do tribunal. Não serve decisão unipessoal; somente acórdão serve como decisão paradigma.

A jurisprudência não admite a interposição de embargos de divergência se o recurso especial ou extraordinário não for conhecido (ver o enunciado n. 315 da súmula do STJ, abaixo examinado). Sucede que, uma vez julgado o recurso excepcional, é possível a interposição dos embargos de divergência, em razão de dissídio jurisprudencial *interna corporis* relacionado a uma questão atinente ao juízo de admissibilidade do recurso especial/extraordinário. Por isso é que se disse ser possível que a divergência diga respeito ao juízo de mérito ou ao juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Precedente importante explica o tema com minúcia:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVENTÁRIO. PRECLUSÃO. MATÉRIA SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. PREQUESTIONAMENTO A CARGO DO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual não se exige que os fatos em causa nos acórdãos recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da solução da questão de direito processual controvertida.

2. Segundo pacífica jurisprudência do STJ, não são cabíveis embargos de divergência para discussão de regra técnica de admissibilidade de recurso especial. A razão de ser desta uníssona jurisprudência é intuitiva e óbvia: as chamadas “regras técnicas de admissibilidade” devem ser apreciadas e ponderadas na análise de cada caso concreto, à vista dos fundamentos do acórdão recorrido e das razões das partes, bem ou mal conduzidas, vicissitudes que descaracterizam a possibilidade de reconhecimento da divergência.

3. Hipótese em que não se cuida de regra técnica de admissibilidade de recurso especial, mas de divergência acerca de questão de direito processual civil relativa aos limites da devolutividade do recurso especial após o seu conhecimento, quando o STJ passa a julgar o mérito da causa.

4. (...).

5. (...).

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 626-627.

6. (...). (STJ, 2ª S., EREsp n. 595.742/SC, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Mina. Maria Isabel Gallotti, j. em 14.12.2011, publicado no DJe de 13.04.2012)

Valc dizer que não se admitem embargos de divergência contra decisão isolada de relator. Embora desponte entendimento doutrinário demonstrando serem cabíveis os embargos em tal hipótese², a orientação jurisprudencial do STF e do STJ aponta para a inadmissibilidade dos embargos na espécie³.

Em resumo, para que caibam os embargos de divergência, é preciso que: a) tenha havido decisão colegiada, ou seja, um acórdão, não sendo possível interpor embargos de divergência contra decisão isolada de relator; b) o acórdão tenha sido proferido por Turma; c) esse acórdão tenha decidido um recurso especial (no STJ) ou um recurso extraordinário (no STF).

Para que caibam os embargos de divergência, é preciso, enfim, que haja similitude fática. Nesse sentido, não cabem embargos de divergência, quando o acórdão embargado trata do mérito e o paradigma, da inadmissibilidade do recurso especial. É que, para que caibam os embargos de divergência, é preciso que os acórdãos tenham resultado do mesmo grau de cognição horizontal. Quer dizer que, se um acórdão tratou de questões de admissibilidade e o outro enfrentou o mérito, não cabem os embargos.⁴ Em situações como essa, é necessário fazer o *distinguishing*, a fim de não se admitirem os embargos. Se o acórdão paradigma versou sobre o juízo de admissibilidade e o acórdão recorrido tratou do mérito da questão, não há identidade entre os casos, não sendo cabíveis os embargos de divergência.

O enunciado n. 353 da súmula da jurisprudência predominante do STF assim está redigido: “São incabíveis os embargos da Lei n.º 623, de 19 de fevereiro de 1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal.” Sucede que o mesmo STF alterou o seu entendimento, e passou a admitir os embargos com base em divergência com julgado da mesma turma, “caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento”⁵.

2. PEREIRA, Milton Luiz. “Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 101, p. 81-87.
3. STJ, 1ª Seção, EREsp 208.162/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24.03.2004, publicado no DJ de 19.04.2004, p. 148. *No mesmo sentido*, Embargos de Divergência em REsp nº 275.039-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa está publicada na *Revista Dialética de Direito Processual* nº 7, p. 217.
4. STJ, 3ª S., EREsp n. 247.250/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, j. em 11/06/2001, publicado no DJ de 01.10.2001, p. 161; 1ª S., EREsp n. 685.792/MG, rel. in. José Delgado, j. em 10.05.2006, publicado no DJ de 12.06.2006, p. 424; 3ª S., EREsp n. 316.233/SP, rel. Min. Laurita Vaz, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 27.06.2007, publicado no DJ de 13.08.2007, p. 331.
5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 626. *Contra*, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3 ed. cit., p. 698-699.

Os embargos de divergência são cabíveis contra acórdão proferido em recurso extraordinário ou em recurso especial, não sendo cabíveis contra acórdão lavrado em agravo de instrumento, em agravo regimental ou agravo interno.

Há, contudo, uma situação particular que autoriza interposição dos embargos de divergência contra acórdão proferido, por turma, em agravo de instrumento ou em agravo regimental ou interno.

Como se sabe, é possível ao relator do agravo, no STF ou no STJ, se o acórdão recorrido estiver em conflito com a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior, conhecer do agravo para já dar provimento ao próprio recurso extraordinário ou ao próprio recurso especial (CPC, art. 544, §4º). De igual modo, é possível ao relator, no recurso extraordinário ou no recurso especial, já lhe dar provimento, quando a decisão recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior (CPC, art. 557, § 1º-A).

Em tais situações, a parte contrária poderá interpor o agravo interno (CPC, arts. 545 e 557, § 1º), daí se seguindo a decisão colegiada da turma. Caso esse acórdão venha a manter a decisão do relator, serão cabíveis os embargos de divergência⁶. Esse, aliás, tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal também mantém esse entendimento, tendo, inclusive, cancelado o enunciado n. 509 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, em cujos termos se estabelecia não serem cabíveis embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental.

Nesse caso, provido, por decisão do relator, o recurso especial ou extraordinário, vindo a parte contrária a interpor o agravo interno, se do julgamento deste houver dissídio com julgado proferido por outro órgão do tribunal, cabem os embargos de divergência. A decisão *não* foi proferida em recurso especial nem em recurso extraordinário, *mas* em agravo interno no agravo do art. 544 do CPC. Sem embargo desse detalhe, o mérito do recurso especial ou extraordinário terá

6. “PETIÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 266, *CAPUT*, DO RISTJ, E 546, I, DO CPC. PRECEDENTES DO STJ. HIPÓTESE DIVERSA DA EXCEÇÃO QUE SE FAZ QUANDO O RELATOR JULGA, EM DECISÃO MONOCRÁTICA, O PRÓPRIO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL (ART. 544, § 3º, PRIMEIRA PARTE, E ART. 557, AMBOS DO CPC). 1. Em regra, não cabem embargos de divergência contra decisões em agravo regimental, porquanto o acórdão a ser embargado há de ter sido proferido em sede de recurso especial, conforme o disposto no art. 266, *caput*, do RISTJ, e no art. 546, inciso I, do CPC. 2. A regra, porém, comporta duas exceções, quais sejam, (i) quando o Relator, ao apreciar o agravo de instrumento, julga o mérito do recurso especial, com fundamento no art. 544, § 3º, primeira parte, do CPC; (ii) ou quando o mérito do recurso especial é apreciado pelo Relator em decisão monocrática, com arrimo no art. 557 do CPC. Nesses casos, o acórdão que julgar o agravo regimental eventualmente interposto poderá ser objurgado via embargos de divergência, desde que, é claro, atendidos os pressupostos do recurso. 3. Embargos de Divergência não conhecidos.” (Acórdão unânime da 3ª Seção do STJ, PET 2.169/PI, rel. Min. Larita Vaz, j. 10.03.2004, DJ de 22.03.2004, p. 193).

sido examinado no julgamento do agravo, sendo cabíveis, segundo orientação já firmada no âmbito do STF e do STJ, os embargos de divergência. O raciocínio, aqui, é o mesmo que se fez quanto ao cabimento dos *embargos infringentes* contra julgamento de agravo (vale conferir o que ficou dito a respeito do assunto no respectivo capítulo).

Esse entendimento restou sedimentado na súmula da jurisprudência predominante do STJ, nos enunciados n. 315 e 316, de cujos enunciados se extraem as seguintes dicções:

“n. 315. Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

“n. 316. Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

Enfim, os embargos de divergência cabem quando a decisão da *Turma* estiver divergindo da decisão tomada por outra *Turma*, por *Seção* ou pela *Corte Especial* (no caso do STJ) ou quando estiver divergindo da outra *Turma* ou do *Plenário* (no caso do STF). No âmbito do STJ, se a decisão da *Turma* estiver divergindo de outra *Turma* que integra a mesma *Seção*, ou se estiver divergindo da própria *Seção*, esta é que irá julgar os Embargos. Se a divergência for com *Turma* que integre outra *Seção*, ou com decisão proferida por outra *Seção* ou pela *Corte Especial*, cabe a esta (*Corte Especial*) julgar os embargos de divergência. No âmbito do STF, ao *Plenário* compete julgar os embargos de divergência, esteja a *Turma* divergindo da outra *Turma* ou do próprio *Plenário*.

Ao julgar o EAg 1.195.905/RS, a 2ª *Seção* do STJ concluiu serem incabíveis os embargos de divergência quando o acórdão paradigma tiver sido proferido em conflito de competência. Segundo entendeu o STJ, os embargos de divergência são admissíveis quando há teses conflitantes, mas não pode existir conflito de teses quando apenas se define a competência para um ou outro órgão jurisdicional.

No Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 998.249/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, a 3ª *Seção* do STJ reafirmou seu entendimento quanto à “*impossibilidade de acórdão proferido em sede de habeas corpus, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial*”. Naquele mesmo julgado, o STJ afirmou que “*decisões monocráticas também não serem para demonstrar eventual divergência*”.

Não parecem, todavia, adequada essas orientações. Como se viu, os embargos de divergência cabem, no STJ, quando alguma *Turma*, ao julgar um recurso especial, diverge de algum precedente de outra *Turma*, de alguma *Seção* ou da *Corte Especial*. O que importa, na verdade, é o conflito entre as *rationes decidendi* dos precedentes. Se, ao julgar um conflito de competência, um mandado de segurança, um *habeas corpus* etc., o STJ manifestou alguma orientação a respeito da interpretação a ser

conferida ao texto de algum dispositivo de lei federal, essa *ratio decidendi* constitui entendimento firmado pela Corte Superior, que deverá ser seguido por ela mesma e pelos demais órgãos jurisdicionais. Havendo divergência de tal entendimento por meio de alguma turma do próprio STJ, legitima-se a interposição de embargos de divergência para que se unifique a orientação jurisprudencial a respeito daquele tema. Não importa o tipo de recurso em que foi firmada a tese.

O que importa é que o STJ adotou um entendimento, o qual deve ser seguido pelas suas turmas e pelos demais órgãos jurisdicionais, exatamente porque se trata de um tribunal que tem a função institucional de fixar a interpretação das leis federais. Daí por que se deveria admitir a interposição de embargos de divergência nesse caso.

3. NECESSIDADE DE A DIVERGÊNCIA SER ATUAL E SUA COMPROVAÇÃO (CONFRONTO ANALÍTICO)

A divergência, para que se possam interpor os embargos, há de ser *atual*. Se a divergência já restou ultrapassada, não cabem mais os embargos de divergência. A propósito, assim enuncia o n. 168 da súmula do STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. De igual teor, o enunciado n. 247 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “O relator não admitirá os embargos da Lei n. 623, de 19.02.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada”.

A atualidade da divergência é igualmente exigida pelo enunciado n. 598 da súmula do STF: “Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la, mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário”.

Além de ser atual a divergência, é preciso que o acórdão paradigma tenha sido proferido por órgão que ainda mantenha competência para a matéria ali versada. Por exemplo: proferido um acórdão por uma turma do STJ, somente cabem os embargos de divergência, se tal acórdão estiver destoando de outro proferido por turma ou seção que ainda detenha competência para aquela matéria. Se, contudo, a turma ou a seção que prolatou o acórdão dissidente não mantém mais competência sobre a matéria, não cabem os embargos. Esse, aliás, é comando que se extrai do número 158 da súmula do STJ: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. É por isso que é imprestável para justificar os embargos de divergência a utilização como paradigma de julgado do antigo Tribunal Federal de Recursos⁷.

7. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed., cit., p. 700.

Somente serão admitidos os embargos de divergência, se houver o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma. É preciso, na análise dos embargos de divergência, que o órgão jurisdicional possa cotejar o caso que foi submetido à sua apreciação com as particularidades do precedente com o qual está havendo a divergência. As hipóteses julgadas no acórdão recorrido e no acórdão paradigma devem conter similitude, a exemplo do que sucede no recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial (CF/88, art. 105, III, “c”; CPC, art. 541, parágrafo único).

Em outras palavras, da mesma forma que, no recurso especial, cabe à parte proceder o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, tal cotejo também se exige para que sejam admitidos os embargos de divergência, *não sendo suficiente a mera transcrição de ementas*. Realmente, “o dissídio pretoriano exigível ao conhecimento dos Embargos de Divergência reclama comprovação mediante cotejo analítico, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas”.⁸ Vale dizer que: “a parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não-conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão-paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursal, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configuram a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificam ou que tornam assemelhados os casos em confronto, não bastando, para os fins a que se refere o art. 331 do RISTF, a mera transcrição das ementas dos acórdãos invocados como referências paradigmáticas, nem simples alegações genéricas pertinentes à suposta ocorrência de dissenso pretoriano”.⁹

Enfim, para o cabimento dos embargos de divergência, o dissídio jurisprudencial deve ser demonstrado mediante confronto analítico, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas¹⁰. É que “a mera transcrição de ementas é insuficiente para a exata compreensão do dissídio apontado”¹¹.

Não obstante a jurisprudência do STF e do STJ tenha firmado a orientação no sentido de que a simples transcrição de ementas é insuficiente para demonstrar o dissídio jurisprudencial, cumpre, no particular, adotar o mesmo entendimento

8. Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, AEREsp 421.964/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.2004, *DJ* de 04.10.2004, p. 201.

9. Acórdão unânime do Pleno do STF, RE 255.328 EDv-AgR/CE, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.2003, *DJ* de 30.05.2003, p. 30.

10. Acórdão unânime do Pleno do STF, RE 222.041 EDv/RS, rel. Min. Néri da Silveira, j. 10.04.2002, *DJ* de 31.05.2002, p. 42.

11. Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, EREsp 296.431/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 25.08.2004, *DJ* de 04.10.2004, p. 200.

assentado para o recurso especial fundado na divergência pretoriana, ou seja, *se a ementa contiver todos os detalhes do caso, será o bastante para, feito o cotejo analítico, ter como comprova-la a divergência jurisprudencial*.

À evidência, se, nos embargos de divergência, não se aceita a mera transcrição de ementas, nada impede que o dissídio jurisprudencial seja feito, com base em simples ementa. O que não satisfaz, para efeito de admissibilidade de embargos de divergência, é a mera transcrição de ementas. O que se impõe é o *confronto* ou *cotejo* analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma.

Ora, se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar os embargos de divergência, *desde que* seja feito o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e a ementa do acórdão paradigma. Enfim, deve-se aplicar aos embargos de divergência a mesma orientação que finca o recurso especial por divergência jurisprudencial, não havendo razão para, no particular, haver tratamento dispar.

4. PROCEDIMENTO

Os embargos de divergência devem ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 508). Segundo o parágrafo único do art. 546 do CPC, o seu procedimento deve ser estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal.

No âmbito do STF, os embargos de divergência estão disciplinados nos arts. 330 a 336 do seu regimento interno. Opostos os embargos perante a Secretaria do STF, serão juntados aos autos independentemente de despacho. Feita a distribuição, os autos serão conclusos ao relator, que irá admitir ou não os embargos de divergência. Admitidos os embargos e efetuado o preparo, será feita a intimação do embargado para apresentar contrarrazões, daí se seguindo a inclusão em pauta e seu julgamento.

Por sua vez, o regimento interno do STJ dispõe sobre o procedimento dos embargos de divergência em seus arts. 266 e 267. Ali se prevê que os embargos de divergência serão juntados aos autos independentemente de despacho e *não terão efeito suspensivo*.

Segundo informação de Bernardo Pimentel Souza, que realizou boa pesquisa sobre o tema, prevalece na jurisprudência e na doutrina, embora sem respaldo legal ou regimental específico, o entendimento de que os *embargos* interpostos contra acórdão que deu provimento a recurso extraordinário ou especial têm efeito suspensivo¹².

Interpostos os embargos, não se deve, desde logo, intimar a parte contrária para apresentação de contrarrazões. Será, imediatamente, sorteado relator para os

12. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., art., p. 703.

embargos. Sorteado o relator, esse poderá indeferir, liminarmente, os embargos de divergência, quando intempestivos, ou quando contrariarem a súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial.

Admitidos os embargos de divergência, em despacho fundamentado, será intimado o embargado para apresentar contrarrazões em 15 (quinze) dias – notwithstanding o § 2º do art. 335 do RISTF, que fala em dez dias, mas que foi revogado pela Lei n. 8.038/1990¹³. Se for o caso, o Ministério Público terá vista dos autos por vinte dias. Impugnados ou não os embargos, serão os autos conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento.

Não cabem embargos de divergência adesivos. Cabe sustentação oral¹⁴ e não é necessária a presença do revisor. Os embargos de divergência exigem o preparo, quando cabíveis contra acórdão de recurso especial (item XXI da Tabela “B” da Lei nº 11.636/2007 e item XXI da Tabela “A” da Resolução STJ nº 01/2011, que incluem os embargos de divergência como “causa originária”, fixando seu respectivo valor de custas)¹⁵. Quando interpostos contra acórdão de julgamento de recurso extraordinário, também estão sujeitos a preparo (art. 41-B da Lei n. 8.038 e do item IV da Tabela “B” da Resolução de Custas do STF)¹⁶.

À semelhança do que ocorre com o julgamento dos recursos excepcionais, uma vez conhecidos os embargos de divergência o tribunal deverá julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 336 do RISTF). É possível, então, falar de efeito translativo (ou dimensão vertical do efeito devolutivo) também para esse recurso, o que permite ao tribunal examinar as questões de ordem pública¹⁷. O leitor deve reler o que foi escrito sobre o n. 456 da súmula da jurisprudência predominante do STF, no capítulo sobre os recursos extraordinários.

13. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., art., p. 701.

14. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., art., p. 711.

15. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., art., p. 703.

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., art., p. 704.

17. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 706.

CAPÍTULO IX

AÇÃO RESCISÓRIA

Sumário • 1. Noção geral – 2. Pressupostos da ação rescisória – 3. O objeto da ação rescisória – 4. Legitimidade – 5. Competência para processar e julgar a ação rescisória – 6. O prazo para ajuizamento da ação rescisória – 7. Hipóteses de cabimento: 7.1. A causa de pedir na ação rescisória; 7.2. Prevaricação, concussão e corrupção; 7.3. Impedimento do juiz; 7.4. Incompetência absoluta; 7.5. Dolo da parte vencedora; 7.6. Conluio entre as partes; 7.7. Ofensa à coisa julgada; 7.8. Violação à literal disposição de lei; 7.9. Prova falsa; 7.10. Documento novo; 7.11. Houver motivo para invalidar confissão, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ou transação em que se baseou a sentença; 7.12. Erro de fato – 8. Procedimento: 8.1. Consideração introdutória; 8.2. Petição inicial e depósito obrigatório; 8.3. Valor da causa; 8.4. Prazo de defesa; 8.5. Revelia na ação rescisória; 8.6. Reconvenção na ação rescisória; 8.7. Produção de provas na ação rescisória; 8.8. Intervenção do Ministério Público; 8.9. Suspensão da execução da decisão rescindenda e tutela antecipada na ação rescisória – 9. Julgamento: *o iudicium rescindens* e *o iudicium rescissorium* – 10. Eficácia temporal do julgamento rescindente – 11. Recursos na ação rescisória – 12. Execução na ação rescisória – 13. Ação rescisória de julgamento proferido em ação rescisória.

1. NOÇÃO GERAL

A ação rescisória ostenta a natureza de *ação autônoma de impugnação*, voltando-se contra a decisão de mérito transitada em julgado, quando presente pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. A coisa julgada, no direito brasileiro, pode ser desconstituída, basicamente, por três meios: a ação rescisória (o comum), a *querela nullitatis* e a impugnação de sentença fundada no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741 do CPC.

A ação rescisória não é recurso, por não atender a regra da taxatividade, ou seja, por não estar prevista em lei como recurso. Ademais, os recursos não formam novo processo, nem inauguram uma nova relação jurídica processual, ao passo que as ações autônomas de impugnação assim se caracterizam por gerarem a formação de nova relação jurídica processual, instaurando-se um processo novo. Eis por que a ação rescisória ostenta a natureza jurídica de uma *ação autônoma de impugnação*: seu ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com nova relação jurídica processual.

A ação rescisória serve ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de invalidade (art. 485, II e IV, p. ex.), quer por motivos de injustiça (art. 485, VI e IX, p. ex.). Não se deve, pois, estabelecer uma relação necessária entre os defeitos processuais e a ação rescisória, pois esta tem espectro mais amplo.

Trata-se, em verdade, de uma ação *constitutiva negativa* ou *desconstitutiva*¹, porquanto visa ao desfazimento de coisa julgada material anteriormente formada em outro processo. Como toda ação, a rescisória deve preencher as condições da ação e o procedimento deve observar os “pressupostos processuais”.

2. PRESSUPOSTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Para que se admita a ação rescisória, é preciso que haja, além das condições da ação e dos pressupostos processuais, a) uma decisão de mérito transitada em julgado; b) a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade, arrolados no art. 485 do CPC e c) o prazo decadencial de dois anos.

Embora o art. 485 do CPC refira-se a “sentença de mérito”, é cabível, como se verá no item seguinte, ação rescisória contra decisão terminativa, que não tenha enfrentado o mérito, desde que não se seja mais possível rediscutir o assunto e caso este já presente uma das hipóteses previstas nos incisos do mesmo art. 485 do CPC. A hipótese é de interesse de agir: se for necessária e útil a ação rescisória, esta será cabível. A propósito assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA TERMINATIVA. É cabível o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir tanto o provimento judicial que resolve o mérito quanto aquele que apenas extingue o feito sem resolução de mérito. A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar “sentença de mérito” o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a “sentença definitiva”, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. De toda sentença terminativa, ainda que não seja de mérito, irradiam-se efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos. Se o interesse do autor reside em atacar um desses efeitos, sendo impossível renovar a ação e não havendo mais recurso cabível em razão do trânsito em julgado (coisa julgada formal), o caso é de ação rescisória, havendo que ser verificado o enquadramento nas hipóteses descritas nos incisos do art. 485, do CPC. O equívoco cometido na redação do referido artigo, o foi na compreensão de que os processos extintos sem resolução do mérito (à exceção daqueles em que se acolheu a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada, art. 267, V) poderiam ser renovados, na forma do art. 268, do CPC, daí que não haveria interesse de agir em ação rescisória movida contra sentença ou acórdão que não fôsse de mérito. No entanto, sabe-se que a renovação da ação não permite rediscutir todos os efeitos produzidos pela ação anteriormente extinta. Exemplo disso está no próprio art. 268, do CPC, que condiciona o despacho da nova inicial à prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Para estes casos, onde não houve sentença ou acórdão de mérito, o único remédio

1. Acolhida a ação rescisória, a consequência natural é desfazer a coisa julgada material. Sendo a rescisória uma ação constitutiva, sua eficácia é, em princípio, *ex nunc*, podendo, por expressa, previsão legal, conter efeitos *ex tunc* (PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo, 1973, p. 139). O art. 574 do CPC contém essa previsão, dele se extraindo que a rescisória pode produzir efeitos retroativos. Em razão de a rescindibilidade ter o regime semelhante ao da anulabilidade, que tem sua eficácia regida pelo Código Civil, a ação rescisória tem também eficácia retroativa. O art. 574 do CPC constitui uma garantia do executado contra qualquer execução injusta, podendo ser aplicado em todo tipo de execução, de sentença ou de título extrajudicial, mesmo após todas as reformas que vêm sendo implementadas. Trata-se de um dispositivo mal explorado pela doutrina e pela jurisprudência. Aliás, a concessão de efeito suspensivo na rescisória serve, exatamente, para evitar a incidência do dispositivo, impedindo que o devedor, uma vez vitorioso na rescisória, tenha de trilhar o tortuoso caminho da repetição de indébito ou da indenização que porventura se já devida.

é a ação rescisória. REsp 1.217.321-SC, rel. originário Min. Herman Benjamin, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. em 18/10/2012.”

Não se admite ação rescisória, sem que se alegue ou se demonstre a ocorrência de uma das hipóteses capituladas no art. 485 do CPC. O elenco de hipóteses do referido art. 485 do CPC é *taxativo*. Em outras palavras, “as hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em *numerus clausus* na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva”². Vale dizer que “o rol do art. 485 é taxativo. Não comporta interpretação ampliativa ou analógica. Esse entendimento, tranquilo em doutrina e jurisprudência, afina-se à proteção constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)”³.

Há, porém, algumas ponderações. Em primeiro lugar, há ainda as hipóteses de cabimento de ação rescisória para a sentença que julga partilha (art. 1.030 do CPC), que se somam às hipóteses do art. 485⁴. Em segundo lugar, é lícita a interpretação extensiva, “que se limita a revelar o verdadeiro alcance da norma, quando a lei *minus dixit quam voluit*”, como no caso da exegese do inciso VIII do art. 485, em que se deve compreender como nele incluída a previsão de rescisória contra sentença que se basear em reconhecimento da procedência do pedido.⁵

Enfim, o que importa verificar é que a ação rescisória somente se revela cabível se estiver configurada uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. Dentre tais hipóteses, há algumas em que a ação rescisória destina-se a combater defeitos processuais, enquanto, em outras, objetiva a corrigir injustiças em sentença plenamente válida.

3. O OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória afigura-se cabível para desconstituir decisão de *mérito* transitada em julgado. Em outras palavras, não cabe, em princípio, a ação rescisória contra decisão que tenha tratado de matéria *estranha ao meritum causae*. Segundo esclarece José Carlos Barbosa Moreira: “tampouco é possível rescindir acórdão que julgue recurso contra decisão interlocutória (art. 162, § 2º) ou final (art. 267), de primeiro grau ou de grau superior, sobre matéria estranha ao *meritum causae*”⁶.

2. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, nota 8 ao art. 485, p. 829.

3. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.475.

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 154-155.

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 154.

6. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 102.

Com efeito, é unívoco o entendimento segundo o qual a ação rescisória, além das exigências comuns a qualquer demanda – *ai incluída a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais* –, somente tem cabimento quando também estão presentes os seguintes pressupostos: a) existência de decisão de mérito transitada em julgado⁷; b) configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade, arrolados no art. 485 do CPC.

O que importa é o trânsito em julgado. É indiferente que ele tenha ocorrido porque a parte não interpôs o recurso ou interpôs todos os recursos. Não há exigência de esgotamento das instâncias recursais para a propositura da ação rescisória. Eis o teor do enunciado n. 514 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos”.

Do mesmo modo, convém anotar que, ajuizada a ação rescisória antes do trânsito em julgado, precocemente, se esse acontecer, como fato superveniente, na pendência do processo rescisório, deve ser levado em consideração pelo tribunal, à luz do art. 462 do CPC. O Superior Tribunal de Justiça admite essa possibilidade. No REsp 257.580/PR, rel. Min. Carlos Menezes Direito, publicado no DJ de 20.08.2001, p. 459, admitiu-se o preenchimento ulterior da condição da ação “possibilidade jurídica do pedido”. E, como lembra Theotônio Negrão, “o disposto no art. 462, CPC, tem incidência também na rescisória”.⁸

A propósito, cumpre lembrar que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria de Enrico Tullio Liebman, segundo quem a ação é o direito a uma sentença de mérito. Para Liebman, o conceito de lide coincide com o de mérito. Quanto a este – o mérito – identifica-se com o pedido formulado pelo autor, que consiste na pretensão ou no objeto litigioso do processo, em torno do qual gravita a atividade do juiz, a quem cabe sobre ele decidir⁹.

Mérito, então, é sinônimo de objeto litigioso (composto pelo pedido e pela causa de pedir). Quando o juiz examina o pedido, está a analisar o mérito. Ao acolher ou rejeitar o pedido, o juiz estará julgando o mérito. É por isso que a hipótese

7. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.473; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 11; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 102; NERY JR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. cit., p. 131; PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 297; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, n. 601, p. 603.

8. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 478, nota 11 ao art. 462.

9. Assim expressa Liebman: “... o pedido do autor é o objeto do processo. É ele manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido”. (“O despacho saneador e o julgamento do mérito”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1999, n. 767. p. 746). Sobre a crítica a essa concepção, ver o v. 1 deste curso, capítulo sobre a teoria da cognição judicial.

contida no inciso I do art. 269 do CPC, em razão da qual o processo é extinto com resolução do mérito, quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido, caracteriza o típico julgamento do mérito.

Ora, se a ação rescisória deveser proposta contra decisão de *mérito* transitada em julgado, e se *mérito* é sinônimo de pedido, significa, então, que somente se afigura cabível a ação rescisória contra a decisão, transitada em julgado, que apreciou o pedido, ou seja, contra a decisão que examinou a pretensão, sendo certo que esta constitui o objeto litigioso, que consta da petição inicial da ação de conhecimento.

A *prescrição* e a *decadência* também constituem mérito, eis que se caracterizam por acarretar, respectivamente, a perda da pretensão ou a extinção do direito, consistindo, a bem da verdade, numa *rejeição* do pedido; estão, como se pode ver, englobadas pela hipótese encartada no referido inciso I do art. 269 do CPC. Quanto às demais hipóteses previstas no art. 269 do CPC, constituem casos em que o litígio restou encerrado por ato unilateral ou bilateral das próprias partes, cabendo ao juiz praticar, tão somente, uma atividade homologatória.

Nos casos previstos nos incisos II e V do art. 269 do CPC, o juiz não emite propriamente uma decisão ou sentença. Nesses casos, “substancialmente, não há sentença, uma vez que a lide não foi propriamente julgada. A decisão não é propriamente fruto da análise e valoração dos fatos e do direito aplicável ao caso pelo magistrado”¹⁰. Conquanto não se trate propriamente de uma sentença, haverá, nessas hipóteses, resolução do mérito, produzindo-se coisa julgada material.

Ora, se há resolução do mérito, produzindo-se, consequentemente, coisa julgada material, cabível será, então, a ação rescisória.

Significa que, em *todas* as hipóteses do art. 269 do CPC (*ai incluídas aquelas relacionadas com os incisos II e V de tal dispositivo*), cabe ação rescisória, porquanto a resolução se opera com julgamento do mérito, produzindo-se coisa julgada material, que somente poderá ser desconstituída pela ação rescisória.

Realmente, segundo dispõe o art. 485, *caput*, do CPC, “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida (...)”. É correto o entendimento de que o termo *sentença* está aí utilizado como decisão que trate do *mérito*, seja ela sentença, decisão interlocutória¹¹ ou acórdão. E, repita-se mais uma vez, mérito é o pedido formulado na petição inicial da ação originária. Significa, então, que a

10. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, n. 3.5.3, p. 230.

11. É recomendável a leitura de trabalho de Cândido Dinamarco, em que reconhece a possibilidade de ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito; o autor faz longas considerações sobre o tema, que

decisão que tratar do pedido, ou seja, a decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, é que pode ser alvo de uma ação rescisória.

Tradicionalmente, diz-se que as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária não produzem coisa julgada material e, assim, não poderiam ser alvo de uma ação rescisória. Essa é a orientação predominante. Não é, porém, o entendimento aqui defendido. Conforme já acentuado no vol. 1 deste *Curso*, as sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária também se submetem à coisa julgada material, tornando-se imutáveis e indiscutíveis. No procedimento de jurisdição voluntária, há pedido, existindo, portanto, mérito. A sentença que o acolhe está a resolver o mérito, encaixando-se na hipótese do art. 269, I, do CPC. Desse modo, transitada em julgada uma sentença num procedimento de jurisdição voluntária, cabe ação rescisória com a finalidade de desconstituí-la, em razão de alguma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.

Nos termos do Código de Processo Civil de 1939, cabia ação rescisória tanto contra sentença de mérito como contra sentença terminativa. No sistema do atual diploma processual, somente se afigura cabível a ação rescisória contra decisão de *mérito* transitada em julgada¹². Sem embargo disso – em que se desnuda o cabimento da ação rescisória apenas contra decisão de mérito transitada em julgada – avulta respeitável entendimento doutrinário, no sentido de admitir a ação rescisória contra decisão que, embora não seja de mérito, tornou a questão preclusa, impedindo sua revisão¹³.

merecem ser consultadas (“Ação rescisória contra decisão interlocutória”. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 280-289).

12. Assim, STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 617.479/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 06.11.2008, publicado no DJe de 19.12.2008; STJ, 2ª T., REsp n. 962.350/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 04.09.2008, publicado no DJe de 08.10.2008. Em sentido contrário, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, I. 6, p. 174.
13. Eis o entendimento: “Por outro lado, pode acontecer a necessidade de recorrer-se à rescisória, quando a decisão última (rescindenda), embora não sendo de mérito, importou tornar preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente. Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal de lei, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violação da ordem jurídica. É certo que a decisão do Tribunal não enfrentou o mérito da causa, mas foi por meio dela que se operou o trânsito em julgado da sentença que decidiu a lide e que deveria ser revista pelo Tribunal por força da apelação não conhecida. Não se pode, outrossim, dizer que se na sentença existir motivo para a rescisória esta deveria ser requerida contra a decisão de primeiro grau e não contra o acórdão do Tribunal, cujo conteúdo teria sido meramente terminativo. É que nem sempre é possível fazer-se o enquadramento da sentença nos permissivos do art. 485. Mas, se houve o *error in iudicando* no acórdão, o apelante sofreu violento cerceamento do direito de obter a revisão da sentença de mérito, pela via normal da apelação, que é muito mais ampla do que a da rescisória. Tendo-se em vista a instrumentalidade do processo e considerando-se que o *error in iudicando*, embora de natureza simplesmente processual, afetou diretamente uma solução de mérito, entendo que, nessa hipótese excepcional, a *mens legis* deve ser interpretada como autorizadora da ação rescisória, a fim de que, cassada a decisão ilegal do Tribunal, se possa completar o julgamento de mérito da apelação, cujo trancamento se

Tal entendimento denota ser cabível a ação rescisória, mesmo quando a decisão final não for de mérito, se não houver outro meio para eliminar a ilegalidade. Imagine-se, por exemplo, uma demanda proposta contra um Município, vindo este a ser condenado por sentença em valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Nesse caso, não há reexame necessário, de acordo com o § 2º do art. 475 do CPC. De todo modo, o Município interpôs recurso de apelação, o qual, distribuído ao relator, teve seu seguimento por este negado por ser deserto. Considerando que o Município tenha perdido o prazo para a interposição do agravo interno, o que fazer contra a ilegalidade contida na decisão que, reconhecendo deserção em seu recurso de apelação, negou-lhe seguimento? E se a sentença que condenou o Município não contém qualquer vício, não sendo, portanto, rescindível? O que deve o Município fazer?

Caberia, então, segundo tal entendimento, uma ação rescisória, não contra a sentença condenatória, mas sim contra a decisão do relator que negou seguimento ao recurso de apelação¹⁴. É que tal decisão, por conter violação literal a dispositivo de lei, encarta-se na hipótese do inciso V do art. 485 do CPC. Além do mais, não há outro meio para desconstituí-la, restando, apenas, a via da ação rescisória. Nesse mesmo sentido, admite-se a ação rescisória contra a decisão que, indevidamente, reconheceu a intempestividade do recurso¹⁵.

deveu a flagrante negação de vigência de direito expresso” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. cit., p. 604-605). Essa é também a lição de Bernardo Pimentel Souza, que assim averba: “A ação rescisória, em síntese, tem geralmente como alvo *decisum* de mérito protegido pela *res iudicata*; excepcionalmente, pode ter em mira até mesmo julgado irrecorrido que não tratou de matéria de mérito. Assim, não é difícil responder à seguinte pergunta: é admissível ação rescisória contra o último julgado proferido no processo, ainda que nele não tenha sido resolvida a matéria de mérito, solucionada apenas na decisão recorrida? Tudo indica que a resposta afirmativa é a melhor. Quando o recurso não ultrapassa a barreira da admissibilidade, é o *decisum* recorrido que adquire a *auctoritas rei iudicatae*, após o decurso *in albis* do prazo recursal para a impugnação do último julgado proferido no processo. Não é juridicamente possível a interposição de outro recurso, nem o ajuizamento de nova ação – tendo em vista o disposto nos artigos 301, § 3º, e 467. Porém, se o vício previsto no artigo 485 diz respeito à última decisão, de nada adianta atacar o primeiro *decisum*, pois ele não está contaminado por defeito que autoriza a rescisão. Realmente, se o vício reside no último julgado, ele é que deve ser combatido via ação rescisória. Mais uma vez a cláusula inserta no *caput* do artigo 485 deve ser temperada *cum grano salis*”. (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. cit., p. 501-502).

14. “Ação rescisória. Apelação não conhecida por deserção. Precedentes da Corte. 1. Precedentes da Corte considerando admissível a rescisória quando não conhecido o recurso por intempestividade, autorizam o mesmo entendimento em caso de não-conhecimento da apelação por deserção. Ressalva do Relator. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª T., REsp n. 636.251/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.02.2005).
15. “AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. PRAZO RECURSAL. SUSPENSÃO. GREVE. DEMONSTRADO QUE HOUVE ERRO NA CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL, SUSPENSO POR FORÇA DE PORTARIAS EXPEDIDAS EM RAZÃO DA GREVE DOS SERVIDORES, PROCEDE A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, IX DO CPC. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM REJULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL, CONHECIDO E PROVIDO PARA AFASTAR A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE (ART. 184 DO CPC).” (STJ, 2ª S., AR n. 466/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.03.1996, publicado no DJ de 06.05.1996, p. 14.362). *Em sentido contrário*: “RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO

De acordo com o art. 268 do CPC, as sentenças terminativas, que reconheçam a existência de coisa julgada, preempção ou litispendência (art. 267, V), impedem a repropositura da ação. Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem *status* semelhante às daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito¹⁶.

A ação rescisória pode impugnar toda a decisão judicial ou apenas algum ou alguns dos seus capítulos, quando então é designada de *ação rescisória parcial*.

Decisão que não examinou um pedido é, neste aspecto, inexistente e, portanto, não pode ser objeto de ação rescisória. Não se pode rescindir o que não existe. O que não é não fica imutável pela coisa julgada e, pois, não pode ser desconstituído. Decisão que não examinou um fundamento de ataque ou de defesa, mas examinou o pedido, existe, portanto pode ficar imutável pela coisa julgada material, porém tem um defeito que autoriza sua rescisão, em razão da violação aos arts. 128 e 460 do CPC. É neste sentido que se deve compreender a Orientação Jurisprudencial n. 41, da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho: “Ação Rescisória. Sentença ‘*citra petita*’. Cabimento. Revelando-se a sentença ‘*citra petita*’, o vício processual vulnera os arts. 128 e 460 do CPC, tornando-a passível de desconstituição, ainda que não opostos embargos declaratórios”.

O STJ entende, porém, que “se o órgão julgador se omitir em estabelecer honorários advocatícios e a sentença transitar em julgado (julgamento final), estes não podem ser cobrados em ação própria” (Corte Especial, REsp. n. 886.178/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.12.2009, julgamento pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos). Nesse julgamento, afirmou-se, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de futura ação rescisória, sen que se saiba, entretanto, o que será alvo de rescisão, já que não houve decisão a respeito da questão relativa aos honorários advocatícios. Sobre o tema, remete-se o leitor ao item respectivo no capítulo sobre embargos de declaração, neste volume do *Curso*.

RESCISÓRIA. ARTIGO 485, V, CPC. OFENSA LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. O recurso especial, lançado contra acórdão que julgou improcedente ação rescisória por não constatar contrariedade à literalidade de lei, deve demonstrar ofensa ao art. 485, V, do CPC, e não apenas atacar os fundamentos da decisão rescindenda. Acórdão que não conhece de apelação diante da irregularidade no instrumento de mandato não veicula provimento jurisdicional de mérito, para o fim de ensejar ação rescisória. Recurso especial não conhecido”. (STJ, 4ª T., REsp n. 489.562/SE, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 19.08.2003, publicado no DJ de 06.10.2003, p. 277).

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. cit., p. 501; YAR-SHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 163-164. Também nessa linha, TFR. 2ª. Seção, AR n. 1.501/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro. No mesmo sentido, admitindo a ação rescisória: acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp 1.217.321/SC, rel. originário Min. Herman Benjamin, rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/10/2012. Em sentido contrário, não admitindo a rescisória nessa situação, acórdão do STF, AR n. 1.056-6/GO, rel. Min. Octávio Gallotti, publicado no DJ de 25.05.2001 e na *Revista de Processo*, São Paulo, RT. n. 104, p. 263-272.

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

Não se admite a ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 59 da Lei n. 9.099/1995)¹⁷, na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 26 da Lei n. 9.868/1999) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei n. 9.882/1999).

O STF vem julgando algumas ações rescisórias contra acórdãos ali proferidos em processos oriundos de juizados especiais federais. A título exemplificativo, observa-se, aliás, que o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a AR 1974 MC/SC, concedeu a tutela antecipada, obstando a produção dos efeitos do acórdão rescindendo. Sendo certo que a Constituição Federal atribui ao STF competência para julgar as rescisórias de seus próprios julgados, parece que tal regra prevalece sobre o disposto no art. 59 da Lei nº 9.099/1995, valendo dizer que cabe ação rescisória de decisão do STF, ainda que proferida em recurso extraordinário interposto em processo do juizado especial cível. Em se tratando de sentença de juiz de juizado ou de acórdão de turma recursal, deve incidir a vedação legal, não cabendo ação rescisória. Nos Juizados Especiais Federais, porém, há viva discussão sobre a possibilidade de ação rescisória, tendo em vista o silêncio da respectiva lei. Há decisões em ambos os sentidos. O Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais editou o enunciado n. 44, cuja redação é a seguinte, e que traz a aquela que parece ser a melhor solução: “Não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei n. 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais”. Caso se entenda pelo cabimento da ação rescisória contra sentença de juiz de juizado ou contra acórdão de turma recursal, cumpre observar que a competência para seu julgamento será da turma recursal, e não do tribunal a que vinculado o juiz. Nesse sentido, assim entendeu o STJ no REsp 747.447/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.08.2006, DJ de 02.10.2006, p. 302; RT856/159.

É possível, também, cogitar de *coisa julgada material* proveniente de *incidentes processuais*. O incidente processual é procedimento que também tem o seu *objeto litigioso* (mérito), que, uma vez resolvido em *cognição exauriente*, pode dar ensejo à indiscutibilidade pela coisa julgada material. Isso já foi examinado no v. 2 deste *Curso*. Assim, é preciso admitir, *por exemplo*, ação rescisória de decisão em conflito de competência¹⁸, que é incidente com *mérito* próprio

17. Segundo Roberto Corte Real Curra, o art. 59 da Lei n. 9.099/1995 não se aplica aos Juizados Especiais Federais, de sorte que, na sua opinião, cabe ação rescisória no âmbito dos Juizados Federais (O cabimento da ação rescisória nos Juizados Especiais Federais. *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 229-240.

18. Em sentido contrário, STJ, AR n. 3.231-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.2.2007, com argumentos rebatidos no texto: “Trata-se de ação rescisória proposta com fundamento em ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), visando à desconstituição de decisão unipessoal proferida por ministro deste Superior Tribunal, decidindo conflito de competência. A Min. Relatora esclareceu que, consoante a regra do art. 485

(conflito entre órgãos jurisdicionais em torno da competência para julgar uma ou mais de uma causa), distinto do mérito principal, certamente, mas nem por isso menos habilitado à produção da coisa julgada material. Não se pode esquecer que a competência, embora normalmente uma questão preliminar processual, pode também ser uma questão de mérito¹⁹. Também se deve admitir rescisória de decisão em incidente de suspeição e impedimento, que veicula questão que, não obstante eminentemente processual, pode reaparecer em outro processo: p. ex., o mesmo juiz diante da mesma parte, cuja presença levava ao reconhecimento de sua *parcialidade*.²⁰

Em tais situações, há mérito próprio, que acarreta a formação de coisa julgada material, não devendo mais a questão ser revista (efeito negativo da coisa julgada) e se impondo a observância do quanto decidido (efeito positivo da coisa julgada). Não sendo mais possível rever a decisão, e dela não cabendo mais qualquer recurso, revela-se admissível a ação rescisória, desde que presente uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.

Enfim, cabe ação rescisória contra decisão de mérito transitada em julgado, ou contra decisão final do processo, que se encarte em uma das hipóteses relacionadas no art. 485 do CPC, da qual não caiba mais qualquer recurso ou meio de impugnação.

4. LEGITIMIDADE

Tem legitimidade para propor a ação rescisória quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular. De igual modo, a rescisória pode ser intentada pelo terceiro juridicamente interessado (CPC, art. 487).

do CPC, somente pode ser rescindida 'a sentença de mérito, transitada em julgado'. A decisão proferida em conflito de competência não é sentença (seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material), nem soluciona uma questão de mérito. Assim, não cabe a propositura de ação rescisória para desconstituí-la. De todo modo, é importante ressaltar que a rejeição do pedido ora formulado não prejudica o direito invocado pelo autor. Na verdade, a decisão da Justiça do Trabalho que transitou em julgado diz respeito à responsabilidade da sociedade pelos débitos apurados na reclamação trabalhista proposta. Essa responsabilidade não fica alterada pelo fato de o processo ter sido remetido ao juízo falimentar. Vale dizer, não é só porque o processo correrá no juízo da falência que o débito deverá ser submetido ao concurso universal. A execução pode perfeitamente incidir sobre o patrimônio da sociedade solvente, cuja responsabilidade já foi reconhecida pelo Poder Judiciário. Precedentes citados: AR 923-PE, DJ 13/8/2001, e AgRg no CC 37.175-RJ, DJ 19/12/2003".

19. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito". In: *Temas de direito processual – 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100.
20. Assim, também, LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 105.

Ainda que a parte tenha sido revel no processo originário, é-lhe conferida legitimidade para propor a ação rescisória.

Demais disso, pode o Ministério Público propor a ação rescisória, seja na qualidade de parte, seja na condição de fiscal da lei. Nesta última hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação rescisória: a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção²¹; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Sucede que tal legitimidade “*ad causam*” do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas “a” e “b” do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas (súmula do Tribunal Superior do Trabalho, n. 407).

O Ministério Público tem legitimidade para intentar ação rescisória, quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei. Tal legitimidade está expressamente prevista no art. 487, III, *b*, do CPC. Nesse caso, “o autor e o réu que contribuíram para a fraude deverão ser citados como litisconsortes passivos necessários (CPC, art. 47)”²².

Convém apontar o item VI do enunciado n. 100 da súmula do TST: “Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude”.

Além do Ministério Público, também tem legitimidade para ajuizar ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei o terceiro juridicamente interessado. Realmente, vindo o terceiro a ser atingido com a fraude decorrente do conluio entre as partes, poderá, indiscutivelmente, ajuizar a rescisória.

Se, no processo originário, tiver havido pluralidade de partes, terá igualmente legitimidade para ajuizar a rescisória aquela que não haja participado do conluio. Até mesmo quem participou do conluio pode ajuizar a ação rescisória; poderá,

-
21. O pedido de rescisão, nesse caso, somente deve ser acolhido, se o Ministério Público demonstrar e comprovar a existência de prejuízo em razão da falta de sua intervenção. Cumpre, aqui, aplicar a regra geral da teoria de nulidades: somente se anula se houver prejuízo. A nulidade, como bem esclarece Hugo Alsina (*Las nulidades en el proceso civil: concepto y función de las formas procesales*. Lima: ARA Editores, 2006, § 5, p. 31), é uma sanção decorrente da inobservância da forma imposta em lei. A função da nulidade não é propriamente assegurar o cumprimento da forma, mas sim a finalidade assinalada pelo legislador. Diante disso, é forçoso reconhecer que a invalidade deve apenas ser decretada se não atingido o fim desejado. Noutro termos, somente se anula se houver prejuízo ou se não atingida a finalidade da intervenção do Ministério Público.
 22. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.490.

eventualmente, não dispor de interesse de agir, mas terá legitimidade para intentar a rescisória²³.

Enfim, a legitimidade para intentar a ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei é do Ministério Público. Tal legitimidade não é, contudo, *exclusiva*, podendo a rescisória, nesse caso, ser intentada também por terceiro juridicamente interessado, por uma das partes que não participou do conluio ou, até mesmo, por quem fez parte do conluio.

O art. 472 do CPC estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. O terceiro, diante disso, não teria, em princípio, legitimidade para intentar ação rescisória, eis que a coisa julgada não o atinge, não o beneficiando nem prejudicando.

Há casos, entretanto, em que a coisa julgada atinge quem não foi parte no processo. É o caso, por exemplo, do adquirente de coisa litigiosa, que, mesmo não tendo sido parte no processo, será alcançado pela coisa julgada (CPC, art. 42, § 3º). De igual modo, há quem, por também ser titular do direito discutido, seja atingido pela coisa julgada, mesmo não sendo parte no processo. É o caso de ação proposta por condômino, postulando de outrem a coisa comum. O outro condômino que não seja parte ou não esteja na demanda será atingido pela coisa julgada. Nesse caso, e porque será atingido pela coisa julgada, ele poderia ingressar no processo como assistente litisconsorcial do autor. Além disso, o terceiro que intervém no processo, por uma das formas de intervenção

23. Sobre o assunto, é digna de nota a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que assim esclarece: “Resta saber se a legitimidade do Ministério Público segundo o art. 487, nº III, letra *b*, é *exclusiva* — ou seja, se *unicamente ele se* legitima à rescisória, ou também se legitima quem quer que no processo antecedente haja sido parte, e ainda os terceiros juridicamente interessados. A colusão em fraude à lei figura entre os pressupostos de rescindibilidade arrolados no art. 485 (nº III, *fine*), e não apenas entre os previstos no dispositivo específico referente à legitimidade do Ministério Público. Por seu turno, o art. 487, nº III, não contém qualquer indicação textual no sentido de *limitar* ao Ministério Público a legitimação para a rescisória, com fundamento quer na letra *a* (e já se mostrou, acima, que a falta de intervenção, quando obrigatória esta, é invocável em rescisória *da parte*), quer na letra *b*. Se tiver ocorrido pluralidade de parte, aquela ou aquelas que não haja(m) participado do conluio pode(m), sem sombra de dúvida, pleitear a rescisão da sentença; assim, v.g., o denunciado, em caso de conluio entre o denunciante e a outra parte; o assistente, em se havendo conluído as partes principais. O problema somente se põe quando a rescisória é proposta por algum dos que participaram do conluio; mesmo aí, todavia, o que se pode colocar em dúvida, ao nosso ver, é menos a legitimação para a causa do que o interesse de agir, por ter o resultado do processo anterior correspondido àquilo que a parte nele pleiteara. Quanto ao terceiro juridicamente interessado, é indiscutível a sua legitimidade”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 156). Diferente é a opinião de Eduardo Talamini, segundo quem “não parece razoável que as próprias partes envolvidas na colusão possam posteriormente impugnar a sentença. Vale o princípio geral de que ninguém pode alegar a própria torpeza em seu proveito. Assim, a legitimidade ativa caberá a litisconsortes que não tenham participado do conluio, ao Ministério Público e a terceiros (art. 487, III, *b*)” (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. n. 3.4.4, p. 151-152).

de terceiro (CPC, arts. 56 a 80), será atingido pela coisa julgada ou pelos efeitos da decisão.

Na verdade, o terceiro juridicamente interessado é legitimado para propor ação rescisória, “porque a *res iudicata*, apesar de, nos seus limites subjetivos de eficácia, só operar entre as partes, pode atingir de forma reflexa direito de estranhos que não foram partes no processo anterior (p. ex., o substituído processual). Só o interesse jurídico justifica a legitimação, e não o meramente de fato”.²⁴

Enfim, “é terceiro legitimado aquele que não participou do processo originário, mas foi prejudicado do ponto de vista jurídico pelo *decisum* nele proferido, ainda que indiretamente. Então, têm legitimidade ativa na condição de terceiro prejudicado os que poderiam ter ingressado no processo primitivo como assistente – simples ou litisconsorcial – e litisconsorte. Então, à luz do § 2º do artigo 42, reforçado pelo § 3º, o adquirente e o cessionário têm legitimidade para ajuizar ação rescisória. Também tem legitimidade na qualidade de terceiro o substituído processualmente nos termos do artigo 6º, já que atingido diretamente pela coisa julgada formada no processo primitivo que teve como parte o substituto processual. Por fim, não há como negar a *legitimatío ad causam* do terceiro prejudicado por julgado proferido em processo simulado”.²⁵

Agora, o estudo da legitimidade passiva.

O Código de Processo Civil, no seu art. 487, regula expressamente a matéria apenas no que se refere à *legitimação ativa* para a rescisória, não havendo qualquer disposição expressa a respeito da *legitimação passiva*. Em sede doutrinária, entende-se que todos os partícipes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, como litisconsortes necessários, já que o acórdão que será nela proferido atingirá a esfera jurídica de todos. Se o objeto da ação rescisória só disser respeito a algum ou alguns dos participantes do processo originário, somente esses devem ser citados como litisconsortes necessários, e não todos. Essa hipótese é muito frequente em situações em que houve litisconsórcio facultativo simples, e ação rescisória versa sobre o capítulo da sentença que envolve apenas um ou alguns dos litisconsortes.²⁶

É com essa ressalva, feita ao final do parágrafo anterior, que se deve compreender o inciso I do enunciado n. 406 da súmula do TST: “1 – O litisconsórcio, na ação

24. COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2002, n. 92, p. 120.

25. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. cit., p. 533-534.

26. Sobre o assunto, com detalhes, ver BARIONI, Rodrigo. “Legitimidade passiva na ação rescisória”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2011, v. 12, p. 379-388.

rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução dispar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não, pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide”.

Bastante esclarecedor é o precedente do STJ que conclui não ser necessária a propositura de ação rescisória por todos os autores ou réus do processo originário. A ação rescisória, que se submete à regra geral do CPC relativa ao litisconsórcio necessário, pode pretender rescindir apenas parcialmente a decisão transitada em julgado, que diga respeito a algum item concernente a um ou alguns dos autores da demanda originária. No caso de demandas que contenham mera aglutinação de pedidos diversos, que poderiam ser veiculados em demandas separadas, é possível a rescisão parcial da decisão. Trata-se, enfim, de hipótese de litisconsórcio ativo facultativo comum, e não necessário. Nessas hipóteses, qualquer um dos primitivos autores poderá intentar a ação rescisória, sem que haja necessidade de um litisconsórcio ativo. De igual modo, a rescisória pode ser proposta apenas em face de um ou alguns dos litisconsortes originários, sem precisar da formação de um litisconsórcio passivo necessário quanto aos demais. Confira-se, a propósito, o teor da ementa do referido julgado, por si só explicativa: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REGIME DE LITISCONSÓRCIO. ACÓRDÃO RESCINDENDO PROFERIDO EM AÇÃO PROPOSTA MEDIANTE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO COMUM. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO PARCIAL. INCLUSÃO DE LITISCONSORTE APÓS O PRAZO DECADENCIAL DE DOIS ANOS. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO RESCISÓRIO FORMADO POR MAIORIA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 207/STJ. 1. Segundo dispõe o art. 47 do CPC, ‘Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes’. Relativamente à ação rescisória, não havendo disposição legal a respeito, o litisconsórcio necessário somente ocorrerá se a sentença rescindenda não comportar rescisão subjetivamente parcial, mas apenas integral, para todas as partes envolvidas na ação originária. 2. Tratando-se de sentença proferida em ação proposta mediante litisconsórcio ativo facultativo comum, em que há mera cumulação de demandas suscetíveis de propositura separada, é admissível sua rescisão parcial, para atingir uma ou algumas das demandas acumuladas. Em casos tais, qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória em relação à sua própria demanda, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com os demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais. 3. Em ação rescisória, não é cabível a inclusão de litisconsorte passivo facultativo após o transcurso do prazo de dois anos previsto no art. 495, consumado que está, em relação a ele, o prazo de decadência. 4. Conforme, o art. 488, I, do CPC, a ação rescisória comporta dois pedidos: o de rescisão propriamente dito e, cumuladamente, quando for o caso, o de novo julgamento da causa. Isso significa dizer que o correspondente julgamento inclui não apenas o *indictum*

rescindens (= a rescisão, em sentido estrito, da decisão atacada), mas também o do *iudicium rescissorium*, referente ao pedido cumulado. É o que determina o art. 494 do CPC. Havendo juízo de procedência por maioria em qualquer deles individualmente, estará configurada hipótese de desacordo parcial, o que, por si só, enseja a interposição do recurso de embargos infringentes, como decorre do disposto na parte final do art. 530 do CPC. Incide, no caso, a Súmula 207 do STJ: ‘É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem’. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido, apenas para julgar extinto o processo em relação a Comercial Oliveira Ltda.”²⁷

Segundo lembra RODRIGO BARIONI, “não participará da ação rescisória o litisconsorte que fora considerado parte ilegítima na sentença ou por decisão anterior. A decisão judicial, ao excluir o litisconsorte, tornou-o terceiro em relação ao mérito”²⁸. Com efeito, se se pretende rescindir a decisão de mérito, não deve integrar o processo formado com o ajuizamento da ação rescisória a parte que fora excluída do processo originário.

Merece consideração especial a possibilidade de que seja legitimado para integrar o polo passivo da ação rescisória terceiro que não integrou a relação processual da ação matriz. Esta possibilidade depende diretamente do pedido deduzido no juízo rescisório.

A possibilidade acima referida relaciona-se perfeitamente com o caso de uma ação rescisória que objetiva exclusivamente a desconstituição do capítulo da sentença reservado à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. O advogado da parte do processo originário, à época um terceiro, apresenta-se, nessa oportunidade, na posição de parte da relação jurídica material que está sendo objeto da discussão em sede de rescisória. Assim, parece claro que essa ação rescisória trata de questão de interesse somente do advogado e não mais do seu cliente/representado, o que torna imprescindível a participação daquele na relação processual estabelecida.²⁹

27. STJ, 1ª T., REsp n. 1.111.092/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 28.6.2011, publicado no DJe de 1º.7.2011.

28. “Legitimidade passiva na ação rescisória”, cit. p. 382

29. A legitimidade passiva do advogado refere-se apenas aos casos em que a ação rescisória dirige-se a desconstituir *somente* o capítulo da decisão que trata dos honorários de sucumbência. Se a rescisória combate o capítulo principal, sua procedência irá, consequentemente, atingir o capítulo acessório relativo aos honorários. Nesta última hipótese, não há necessidade de o advogado integrar o polo passivo da ação rescisória. Realmente, “não obstante os honorários constituam direito autônomo do advogado, *ex vi* do art. 23 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), dispensa-se a presença do advogado no polo passivo da ação rescisória, como litisconsorte necessário, pois seu direito é decorrente do direito da parte. Significa dizer que a eventual procedência da ação rescisória para desconstituir o capítulo de mérito da sentença e que no *iudicium rescissorium* - se houver - reverter o resultado da lide originária, o capítulo da sentença

Enfim, a legitimidade passiva na ação rescisória deve observar o capítulo da decisão que se busca rescindir, para identificar quem é o titular atual do direito ali certificado, que será a parte legítima nessa ação autônoma de impugnação.

Tudo isso está de acordo com a lição de Barbosa Moreira, quando trata da legitimação passiva na rescisória: “(...) se, no outro processo, havia substituição processual, ocupando algum legitimado extraordinário a posição de autor ou de réu, *e subsiste a legitimação extraordinária*, é da participação desse substituto que se tem de cogitar na rescisória. (...) Ressalve-se que, se se tratar de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um (ou alguns) dos distintos capítulos, será desnecessária a citação daquele(s) a quem, conquanto parte(s) no processo anterior, não diga(m) respeito o(s) capítulo(s) rescindendo(s)”³⁰. E, para reforçar a ideia de que se deve observar a titularidade atual do direito litigioso, Barbosa Moreira defende que, tendo havido sucessão *inter vivos* do objeto do litígio anterior, cabe ao sucessor a legitimação passiva em futura rescisória³¹.

Permitindo a ação rescisória em face do substituto processual, segue trecho do enunciado n. 406 da súmula do TST: “II – O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos for proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário”.

5. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória constitui demanda de competência originária de tribunal, não devendo ser ajuizada perante juízo de primeira instância, ao qual não compete nem processá-la nem julgá-la. A regra de competência para processamento e julgamento da ação rescisória resume-se no seguinte postulado: os tribunais julgam as ações rescisórias de seus *próprios* julgados.

Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados (CF/88, art. 102, I, *j*). Ao Superior Tribunal de Justiça cabe processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados (CF/88, art. 105, I, *e*). Já os Tribunais Regionais Federais processam e julgam, originariamente,

referente aos honorários advocatícios é atingido naturalmente. É decorrência natural da decisão prejudicial que venha os capítulos dependentes da sentença, independentemente de pedido expresso a esse respeito”. (BARIONI, Rodrigo. “Legitimidade passiva na ação rescisória”, cit., p. 385-386).

30. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5, p. 173.

31. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. cit., p. 174.

as ações rescisórias de seus próprios julgados (CF/88, art. 108, I, *b*). Quanto aos tribunais estaduais, também detêm tal competência originária para processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados, estando, normalmente, tal competência definida em cada Constituição Estadual (CF/88, art. 125, § 1º).

As decisões de mérito proferidas por juízes de primeira instância são desconstituídas, igualmente, por ação rescisória, que deve ser processada e julgada pelo tribunal ao qual está vinculado o juízo que proferiu a sentença. Assim, proferida a sentença por um juiz federal, a ação rescisória será processada e julgada pelo Tribunal Regional Federal ao qual esteja vinculado o juiz. Por sua vez, a ação rescisória contra sentença de mérito de juiz estadual será processada e julgada perante o respectivo tribunal de justiça. No caso de sentença proferida por juiz estadual investido de jurisdição federal (109, § 3º, CF/88), a competência será do Tribunal Regional Federal da respectiva região.

Proferida uma sentença de mérito, e não havendo recurso de apelação, é a própria sentença que transita em julgado, devendo a ação rescisória ser intentada junto ao tribunal ao qual o juízo está vinculado. Caso haja apelação, mas esta não seja conhecida, não é o acórdão do tribunal que transita em julgado. É que, não conhecido o recurso, não se opera o efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC, restando incólume a sentença de mérito proferida pelo juízo de primeira instância. Nesse caso, é a própria sentença prolatada pelo juízo de primeira instância que transita em julgado³². Então, a ação rescisória será intentada perante o tribunal ao qual está vinculado o juízo, objetivando desconstituir a sentença, e não o acórdão. Se, diversamente, a apelação for conhecida, há os seguintes resultados possíveis: a) não provida; b) provida, para reformar a sentença; c) provida, para anular a sentença.

Nas hipóteses *a* e *b*, opera-se o efeito substitutivo. Realmente, conhecida a apelação e não sendo provida, o acórdão do tribunal substitui a sentença do juízo de primeira instância. De igual modo, se a apelação restou conhecida para, diante de um *error in iudicando*, reformar a sentença, será produzido o efeito substitutivo³³, ou seja, o acórdão do tribunal passa a substituir a sentença prolatada pelo juízo de primeira instância. Diante do efeito substitutivo, se não houver outros recursos ou se os que forem intentados não vierem a ser conhecidos, é o

32. Com efeito, "somente quanto à parte conhecida é que existirá o efeito substitutivo do recurso. No mais, remanesce íntegra a parte da decisão que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal." (NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. cit., p. 489).

33. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. cit., p. 488-489; RODRIGUES NETTO, Nelson. *Recursos no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 1.6.6, p. 51-52.

acórdão proferido pelo tribunal que transita em julgado³⁴. Positivada a hipótese, a ação rescisória deve ser ajuizada no próprio tribunal que exarou o acórdão. Já na hipótese posta sob *c*, não se produz o efeito substitutivo. É que, naquele caso, a decisão recorrida foi anulada, mercê da existência de um *error in procedendo*. Não há efeito substitutivo, mas sim efeito rescindente, devendo os autos retornar ao juízo de primeira instância para que ali seja proferida outra sentença.

Ainda nas hipóteses *a* e *b*, se contra o acórdão proferido pelo tribunal for interposto recurso especial, e este vier a ser conhecido (e não provido ou provido para reformar o acórdão recorrido), é a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça que irá transitar em julgado, devendo a ação rescisória voltar-se contra tal decisão e ser ajuizada no próprio Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, se contra o acórdão do tribunal local for interposto recurso extraordinário, e este vier a ser conhecido (e não provido ou provido para reformar o acórdão recorrido), opera-se o efeito substitutivo, devendo a rescisória rebelar-se contra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual competirá processá-la e julgá-la.

Cabe, portanto, ao tribunal processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados, assim considerados quando proferidos em ações originárias ou no âmbito recursal, desde que conhecido o recurso e operado o efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC.

Ao STJ cabe, como já se viu, processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados. A propósito, há uma situação interessante que é digna de nota. As causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil são processadas e julgadas, em primeiro grau de jurisdição, pela primeira instância da Justiça Federal (CF/88, art. 109, II). Da sentença proferida em tais causas cabe recurso ordinário para o STJ, não cabendo apelação nem agravo de instrumento para o TRF; a causa, enfim, não passa pelo TRF, de forma que o segundo grau de jurisdição é exercido pelo STJ. Interposto recurso ordinário em causa dessa espécie, se o STJ dele conhecer, é o acórdão que transita em julgado, cabendo a rescisória perante o próprio STJ.

34. “Em geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passara em julgado, era decisão *ainda* ineficaz. Como o órgão *ad quem* conheceu do recurso, ela *já* jamais alcançará a *auctoritas rei indicatae*. Transitará em julgado, isso sim, a decisão do órgão *ad quem* – com ressalva da possibilidade, que acaso exista, de vir ela também, por sua vez, a ser impugnada através de outro recurso”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 355).

O curioso, em casos da espécie, é quando o recurso ordinário interposto não for conhecido. A ação rescisória, no particular, é proposta em que tribunal? No TRF ou no STJ? A questão é interessante, porque, quando transita em julgado a sentença (e não o acórdão), a rescisória é cabível perante o tribunal ao qual o juiz está vinculado (geralmente, o juiz federal está vinculado ao respectivo TRF). Só que, nesses casos, ele está vinculado ao STJ. Por outro lado, o art. 105, I, *e*, da Constituição Federal dispõe que compete ao STJ processar e julgar as rescisórias de *seus* julgados. Não há previsão constitucional para o STJ julgar ação rescisória contra sentença de primeira instância. Estando, contudo, o juiz a ele vinculado, deve a rescisória ser proposta no STJ. Noutros termos, a rescisória ataca a sentença, mas será proposta no STJ, em razão da vinculação do juiz, em causas desse tipo, àquele tribunal superior.

Finalmente, é importante tecer considerações sobre dois enunciados da súmula da jurisprudência predominante do STF.

Primeiro, o de n. 249: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”. Esse enunciado tem um erro técnico: onde se lê “não tendo conhecido” leia-se “não tendo provido”, tendo em vista que, se o STF examinou a questão discutida, houve exame de mérito do recurso, não sendo correta a menção ao não-conhecimento³⁵.

Há quem defenda que, se a ação rescisória intenta a rescisão de acórdão de tribunal local, tendo sido, entretanto, examinada a questão pelo STF, a hipótese é de carência de ação e, pois, extinção do processo sem exame de mérito, e não de incompetência. Eis a lição de Cândido Dinamarco: “Insisto ainda nessa distinção: a) se proponho perante o tribunal local uma ação rescisória tendo por objeto um acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a questão se resolve em termos puros de competência, porque um órgão judiciário não é competente para rescindir acórdão de outro (e muito menos de um Superior); b) mas quem pede ao tribunal do Estado a rescisão de acórdão dele próprio não incorre em incompetência, ainda quando esse acórdão houver sido substituído por um do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça: o que falta é a condição de ação definida como interesse de agir, dada a inutilidade da pretendida rescisão”³⁶. “O erro do autor não pode ser ‘corrigido’ *ex officio* pelo tribunal *x*, com remessa dos autos ao tribunal *y* – que seria (*seria: não é*) competente, caso o autor houvesse identificado de maneira correta a decisão rescindenda. O que cabe a relator fazer, percebendo o equívoco, ao proceder à (indispensável...) ”

35. Sobre o tema, DINAMARCO, Cândido Rangel. “Ação rescisória, incompetência e carência de ação”. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 267-279.

36. “Ação rescisória, incompetência e carência de ação”, cit., p. 267-279.

leitura da inicial, é abrir ao demandante a oportunidade de retificar (se quiser!) a petição (art. 284, *caput*)”.³⁷

Em segundo lugar, o de n. 515: “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”. Tendo em vista que a questão não fora examinada pelo STF, não houve substituição e, pois, a competência não poderia ser deste tribunal superior.

Em suma, há de se destacar duas hipóteses diversas: a) rescisória em tribunal local, pedindo rescisão de acórdão do STF ou STJ. O caso é de incompetência, devendo o tribunal determinar a remessa dos autos ao STF ou STJ, respectivamente; b) rescisória em tribunal local, pedindo rescisão de acórdão do próprio tribunal local, mas que fora substituído por acórdão do STF ou STJ (CPC, art. 512). Nessa hipótese, deve ser extinta a rescisória, pois o que se pede é a rescisão de acórdão que não mais existe, pois fora substituído por decisão de tribunal superior; deveria ter sido requerida a rescisão do acórdão do STF ou do STJ.

A tais hipóteses acresce uma terceira: rescisória ajuizada no STF ou no STJ, pedindo rescisão de acórdão do próprio STJ ou STF, em caso no qual o STJ ou STF não examinou o mérito. Nesse caso, deveria ter sido ajuizada a rescisória no tribunal local, requerendo a rescisão do acórdão proferido no próprio tribunal local. O caso não é simplesmente de incompetência, com remessa dos autos ao tribunal local, mas de extinção do processo, identificando-se com a hipótese da letra *b* supra indicada. Tal situação foi enfrentada pela 1ª Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Ação Rescisória n. 3.418/DF, estando assim redigida a ementa do acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO RESCISÓRIA – ÚLTIMA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA PELO TRF DA PRIMEIRA REGIÃO – COMPETÊNCIA – EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – INAPLICABILIDADE DO ART. 113, § 2º DO CPC – PRECEDENTES.

1. A equivocada formulação de rescisória, em que se indicou incorretamente o acórdão passível de rescisão, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, não sendo possível a correção do pedido inicial pelo órgão judicante. Inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC.

2. Embargos de declaração acolhidos em parte, para afastar a remessa dos autos ao TRF da Primeira Região.”³⁸

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 203.

38. Acórdão da 1ª Seção do STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl na AR 3418/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 8/10/2008, DJe 20/10/2008.

Finalmente, há uma quarta hipótese há ser considerada. É possível que a rescisória seja parcial, atacando apenas um ou alguns capítulos do acórdão rescindendo. Nesse caso, a rescisória deve ser processada e julgada perante o tribunal que julgou o respectivo capítulo. Assim, por exemplo, se foi proposta uma demanda originária, postulando X, Y e Z. Imagine-se que o juiz de primeira instância rejeitou os três pedidos, vindo a parte a recorrer para insistir apenas nos pedidos X e Y. Transitou em julgado a decisão no tocante ao pedido Z. Julgado o caso pelo tribunal, suponha-se que o recurso especial interposto volta-se apenas em relação a X. Transitou em julgado a decisão do tribunal quanto a Y. Em seguida, o STJ conhece do recurso especial e o julga em relação a X. Nesse caso, a rescisória será proposta perante o tribunal local quanto a Y e Z, devendo haver outra rescisória, ajuizada perante o STJ, para tratar de X. Sendo os capítulos independentes, cada rescisória será ajuizada no respectivo tribunal. Se, entretanto, houver relação de dependência entre os capítulos, de forma que Y e Z sejam dependentes ou acessórios de X, a rescisória será proposta apenas no STJ, onde transitou em julgado o capítulo principal, a qual, sendo procedente, abrangerá os capítulos dependentes³⁹.

6. O PRAZO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória deve, nos termos do art. 495 do CPC, ser ajuizada no prazo de 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado da decisão.

A Fazenda Pública, que goza da prerrogativa inscrita no art. 188 do CPC, não dispõe de prazo em dobro para propor ação rescisória. Com efeito, “encerrando o art. 188 do CPC uma norma de prerrogativa ou uma norma excepcional, a disposição ali contida há de ser interpretada de maneira literal ou restritiva. Desse modo, a Fazenda Pública somente goza dos prazos estendidos para contestar e recorrer, não alcançando os demais atos processuais”.⁴⁰ Na verdade, “quando a Fazenda Pública utiliza algum dos sucedâneos recursais ou das ações autônomas de impugnação, não goza do prazo em dobro, eis que esta prerrogativa aplica-se, tão somente, aos recursos. Assim, caso algum desses meios impugnativos esteja submetido a prazo de ajuizamento, esse prazo não será computado em dobro para a Fazenda Pública. Não é por outro motivo, aliás, que a Fazenda Pública não dispõe de prazo em dobro para propor ação rescisória”.⁴¹

A Medida Provisória nº 1.577, de 11 de junho de 1997, em seu art. 4º, duplicou o prazo do art. 495 para a Fazenda Pública, de forma que esta passaria a dispor de 4 (quatro) anos para intentar ação rescisória. Em reedições posteriores, a referida Medida Provisória estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos para a Fazenda Pública

39. Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A ação rescisória e a problemática dos capítulos de sentença. CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra as decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 218-220.

40. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 33.

41. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, cit., p. 49.

propor ação rescisória. A mencionada Medida Provisória teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, mercê do ajuizamento, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753, tendo sido concedida a liminar para suspender a vigência do dispositivo⁴².

Novamente, a regra que conferia prazo em dobro para a Fazenda Pública ajuizar ação rescisória foi ressuscitada por superveniente Medida Provisória. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, então, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.910, renovando os argumentos da Ação Direta nº 1.753, para postular, desta feita, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.703-18, de 27 de outubro de 1998, vindo o STF a reconhecer, igualmente, sua inconstitucionalidade⁴³.

Tudo isso significa que, atualmente, o prazo previsto no art. 495 do CPC é igual para todos, inclusive para a Fazenda Pública, que, nesse particular, não dispõe de prazo diferenciado nem de prerrogativa específica. Bem se percebe que tais precedentes demonstram que a Corte Suprema não tolera aumento de prazo que culmine no retardamento da execução, no que prejudica a parte vitoriosa; há, enfim, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma forte resistência a mudanças drásticas na ação rescisória⁴⁴.

Sem embargo desse entendimento manifestado pelo STF, a consolidar a orientação de que o prazo para ajuizamento da ação rescisória é de 2 (dois) anos, sem se admitir lapso superior que beneficie a Fazenda Pública, impende registrar que há uma hipótese especial de prazo para a ação rescisória prevista no art. 8º-C da Lei nº 6.739, de 5 de dezembro de 1979, de cujo teor se extrai a seguinte dicção: “Art. 8º-C. 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.” Esse art. 8º-C da Lei nº 6.739/1979 foi inserido pela Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001.

Como se vê, o prazo para ajuizamento de ação rescisória de decisão transitada em julgado que trate da transferência de terras públicas rurais é de 8 (oito) anos. A regra considera o grave problema de grilagem de terras públicas, situação reconhecida e complicada no Brasil, desde o século XIX.

Em síntese, é possível afirmar que, nessas hipóteses de transferência de terras públicas rurais, a referida norma *quadruplicou* o prazo para ajuizamento da ação rescisória, sendo, na espécie, de 8 (oito) anos.

À primeira vista, a regra poderia ser tachada de inconstitucional, por ampliar demasiadamente o prazo da rescisória, atentando contra a coisa julgada e a segurança jurídica. Restaria ofendido, nessa situação, o devido processo legal substancial, por

42. STF, Pleno, ADI n. 1753 MC/DF rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.1998, publicado no *DJ* de 12.06.1998, p. 51.

43. Sobre o assunto, consultar, por todos: RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 51-61.

44. RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*, cit., p. 57.

conter norma sem razoabilidade. Aliás, já se viu que o STF, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.753 e nº 1.910, considerou abusivo e inconstitucional o aumento do prazo da ação rescisória para 4 (quatro) e 5 (cinco) anos em favor da Fazenda Pública, não tolerando aumento de prazo que culmine no retardamento da execução, do cumprimento ou da efetivação da decisão transitada em julgado.

Impõe-se acentuar, contudo, que tais precedentes consideraram inconstitucional o aumento do prazo para o ajuizamento de *qualquer* ação rescisória, por ser evidente o abuso normativo. No caso do art. 8º-C da Lei nº 6.739/1979, há uma peculiaridade: a regra se destina a casos específicos de transferência de terras públicas rurais, permitindo a revisão de decisões que consolidaram grilagens ou transferências ilegais de bens públicos.

A regra *não* está a majorar, *indistintamente*, o prazo para ajuizamento da ação rescisória, mas somente para esses casos específicos de transferência de terras públicas rurais. Aplica-se, no particular, o *princípio da adequação*.

Para que o processo possa alcançar a máxima eficiência, seu procedimento e suas regras devem ajustar-se às peculiaridades do sujeito, do objeto e da finalidade⁴⁵. O processo, como se costuma afirmar, é um *instrumento* que deve adaptar-se aos valores e fins jurídicos do direito material envolvido na causa.

Daí ser forçoso concluir que o art. 8º-C da Lei nº 6.739/1979 *não* se revela atentatório ao princípio da razoabilidade, *não* sendo inconstitucional.

É do devido processo legal que se extrai o princípio da razoabilidade, dirigindo-se ao legislador: não deve o legislador editar normas que contenham previsões absurdas, que destoem da razoabilidade. Em outras palavras, o princípio da razoabilidade dirige-se ao legislador, exigindo que este, ao limitar direitos individuais, verifique a legitimidade dos *fins* da medida adotada.

Segundo esclarece Humberto Ávila, a razoabilidade pode ser encarada em vários sentidos. Num desses sentidos, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência. Logo, não haverá razoabilidade quando o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. Em outro sentido, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas, ou seja, entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.⁴⁶ Logo, um ato não atenderá ao princípio da razoabilidade, quando não for justificável no sistema, e não em virtude da ofensa a normas constitucionais explícitas. Nesse caso, haverá ofensa ao conteúdo substancial da cláusula do devido processo legal, mercê da ilegitimidade da *finalidade* escolhida pelo legislador.

Na hipótese do art. 8º-C da Lei nº 6.739/1979, desponta justificável no sistema a fixação de prazo diferenciado para ação rescisória contra decisão transitada em julgado que trate de transferência de terras públicas rurais. Há grave problema de grilagem de terras públicas no Brasil, sendo plenamente legítima a finalidade escolhida pelo legislador de salvaguardar os bens públicos, em atendimento ao princípio

45. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, vol. VIII, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 18-20.

46. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 102-111.

da adequação, a impor que o processo se ajuste às peculiaridades do direito invocado, com o alcance dos fins colimados pelo legislador.

A Fazenda Pública não dispõe, enfim, de prazo diferenciado para o ajuizamento da ação rescisória, salvo nos casos de transferência de terras públicas rurais, hipótese em que o prazo é de 8 (oito) anos.

Ora, já se viu que a ação rescisória tem natureza de ação desconstitutiva ou constitutiva negativa. Significa, então, que seu ajuizamento decorre do exercício, pela parte autora, de um direito potestativo à desconstituição da coisa julgada. O prazo de seu ajuizamento é, portanto, decadencial. E, sendo assim, não se prorroga, nem se suspende, nem se interrompe.

O STJ decidiu que, por ser decadencial, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória não corre contra incapazes (art. 208 do Código Civil) – STJ, 4ª T., REsp n. 1.165.735, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 6.9.2011.

O exercício do direito potestativo é o modo pelo qual se impede a consumação da decadência; e esse exercício, no caso, se dá pela propositura da demanda rescisória. Sucede que a lei determina um ato específico como o identificador do exercício do direito de rescindir; este ato é a citação. Apenas a citação válida obsta a consumação da decadência. No caso, vigem os §§ 2º e 3º do art. 219, c/c com o art. 220, todos do CPC. Havendo litisconsórcio, todos devem ser citados na forma desses parágrafos. Como observa José Carlos Barbosa Moreira:

“Sendo de decadência, o prazo do art. 495 não se suspende nem se interrompe nos casos previstos em lei para a suspensão ou a interrupção dos prazos prescricionais. A citação inicial válida, entretanto, obsta a consumação da decadência (art. 220, combinado com o art. 219, *caput, fine*), retroagindo o efeito obstativo à data da propositura da ação (art. 219, § 1º), desde que observados os preceitos dos §§ 2º e 3º; nessa hipótese, portanto, basta que a ação tenha sido proposta dentro do biênio, pouco importando que o réu já venha a ser citado fora dele. Se a citação não se realizar com observância dos prazos dos §§ 2º e 3º, será preciso, para impedir (sendo possível!) a consumação da decadência, que o réu seja efetivamente citado no prazo do biênio”.⁴⁷

E arremata o autor:

“Todavia, a retroação do efeito impeditivo fica condicionada a que o autor promova a citação do réu nos 10 dias subsequentes à prolação do despacho, admitida a prorrogação até o máximo de 90 dias (art. 219, §§ 2º e 3º, combinado com o art. 220). Caso a citação não se efetue com a observância desses prazos, a consumação da decadência não se haverá por obstada na data do despacho liminar (art. 219, § 4º, combinado com o art. 220); o efeito impeditivo apenas se produzirá na data da própria citação, se até lá ainda não se tiver extinguido o direito. Essas noções são muito relevantes para a correta aplicação da norma do art. 495”.⁴⁸

47. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 102-111.

48. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. cit., p. 188-189.

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória está previsto em lei, mais precisamente no referido art. 495 do CPC. Logo, trata-se de decadência legal, devendo o tribunal conhecer de ofício a situação que retrate ter sido a rescisória intentada além do prazo ali previsto.

A propósito, cumpre recordar que o Código Civil estabeleceu a distinção entre decadência legal e decadência convencional. Como é intuitivo, a decadência será legal, quando for estabelecida por lei, sendo convencional, quando prevista em contrato, estatuto ou convenção. Em se tratando de decadência legal, o juiz deve de ofício apreciá-la, decretando-a (CC/2002, art. 210). Já a decadência convencional não pode ser apreciada de ofício pelo juiz ou tribunal, se bem que a parte a quem aproveita possa alegá-la em qualquer grau de jurisdição ordinária (CC/2002, art. 211).

Assim, ao relator se confere o poder de indeferir, desde logo, a petição inicial da ação rescisória, quando ajuizada além do biênio previsto no referido dispositivo legal (CPC, art. 490 c/c art. 295, IV). Não indeferida a petição inicial, a questão não será acobertada pela preclusão, podendo, ainda, o relator constatar a decadência e extinguir o processo, após a fase postulatória, aplicando-se o art. 329 do CPC, em razão da remissão feita pelo art. 491 do mesmo diploma processual⁴⁹, com o que procederá com o “julgamento conforme o estado do processo”. Em qualquer caso, da decisão do relator que, reconhecendo a decadência, extinguir o processo, caberá agravo interno ou regimental para o colegiado competente para o julgamento da ação rescisória⁵⁰, ou, dependendo da hipótese, poderão ser opostos embargos de declaração⁵¹.

Caso o relator não extinga o processo, por decisão isolada, poderá a decadência ser reconhecida no julgamento pelo colegiado, como questão preliminar ao exame da própria ação rescisória, vindo, então, a ser extinto o processo com julgamento do mérito.

A partir do trânsito em julgado da decisão final, inicia-se a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Ora, a coisa julgada material opera-se

49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., n. 132, p. 199-200; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. cit., p. 532.

50. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. cit., p. 532.

51. Já é pacífico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento, segundo o qual são cabíveis embargos de declaração contra decisão isolada de relator, se bem que o Supremo Tribunal Federal, quando entenda serem cabíveis os embargos contra decisão interlocutória, não admite sua oposição contra decisão proferida, isoladamente, por um de seus ministros. A propósito, conferir: CUNHA, Leonardo José Cameiro da. “Embargos de Declaração contra Decisão Interlocutória e contra Despacho”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 11, p. 97-101.

quando a decisão não está mais sujeita a qualquer recurso (CPC, art. 467). De fato, na dicção do § 3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Em outras palavras, não cabendo mais recurso, haverá, então, coisa julgada.

Ocorre, porém, conforme visto no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, que a data do trânsito em julgado corresponde à data do trânsito em julgado da última decisão. Com efeito, o prazo previsto no art. 495 do CPC somente flui quando é possível à parte ajuizar a ação rescisória. No particular, incide o princípio da utilidade, segundo o qual nenhum prazo pode ter curso quando é impossível sua utilização. Assim, interposto um recurso, enquanto este não vier a ser apreciado, não se pode ajuizar ação rescisória⁵². Se o recurso vier a ser inadmitido, é a partir do trânsito em julgado da decisão que não o admitir que se inicia o prazo para a propositura da ação rescisória⁵³. É que, antes disso, não se viabilizava o ingresso da rescisória, por falta de um de seus requisitos: o trânsito em julgado. Não fosse assim, dever-se-ia aceitar o ajuizamento de ação rescisória condicional, que seria intentada, para evitar a consumação de decadência, e ficaria na pendência de ser ou não admitido o recurso interposto⁵⁴.

Como não se aceita ação rescisória condicional, o entendimento que vem prevalecendo aponta no sentido de que o prazo previsto no art. 495 do CPC somente tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que esta tenha se restringido a não admitir determinado recurso. É que, a não ser assim, a parte iria, não raras vezes, deparar-se com situações, no mínimo, esdrúxulas. Imagine-se que, interposto o recurso, e ultrapassado tempo superior a 2 (dois) anos, sobreviesse decisão do tribunal declarando inadmissível o recurso. A se considerar que o trânsito em julgado operou-se antes da interposição do recurso, não haveria mais prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Convém reler o item dedicado à natureza jurídica do juízo de admissibilidade, no capítulo sobre a teoria geral dos recursos⁵⁵.

52. COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2002, n. 128, p. 181-185.

53. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 393-397.

54. CARNEIRO, Athos Gusmão. “Ação Rescisória. Embargos de Declaração e sua Influência na Contagem do Biênio Decadencial”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 12, p. 159-161.

55. Diferente foi o entendimento manifestado pelo STF na AR 1.472-DF, rel. Min. Marco Aurélio, em cuja ementa se afirma que “O termo inicial de decadência para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado do título rescindendo. Recurso inadmissível não tem o efeito de empecer a preclusão.” (cf. Informativo STF, n. 491). No mesmo sentido: acórdão da 1ª Turma do STF, RE 444.816, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/5/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-1 68 DIVULG 24-08-2012 PUBLIC 27-08-2012.

Bem interessante, a propósito, é o acórdão da 3ª T. do STJ no AgRg no Ag 1.218.222/MA, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 22.06.2010, publicado no DJe de 01.07.2010: “II. Não demonstrada a má-fé do recorrente, que visa reabrir prazo recursal já vencido, o início do prazo decadencial se dará após o julgamento do recurso tido por intempestivo. Precedentes”.

Mas há outra questão muito tormentosa: a ação rescisória de capítulo da sentença.

Impugnada apenas parcialmente a sentença, os capítulos não impugnados transitam em julgado, operando-se a coisa julgada material⁵⁶. A partir desse momento, inicia-se o prazo para o ajuizamento da ação rescisória. É que, na dicção do art. 495 do CPC, a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado. Operando-se o trânsito em julgado, inicia-se a contagem do prazo, que, como visto, é decadencial, não se interrompendo, nem se suspendendo. Correto, portanto, o n. II do enunciado 100 da súmula da sua jurisprudência predominante do TST, que assenta: “II – Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial”.

Não tem sido esse, contudo, o entendimento do STJ. Sua jurisprudência firmou-se no sentido de que, mesmo em casos de recurso parcial, somente se inicia o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, depois de esgotada a possibilidade de interposição de *qualquer* recurso⁵⁷. Tal entendimento consolidou-se, constando do enunciado n. 401 da súmula de jurisprudência do STJ, que está assim redigido: “O

56. Isso não ocorre para os capítulos dependentes. Ajuizada ação rescisória contra o capítulo condicionante, os dependentes também estão abrangidos, “... pois estes acompanham o destino do principal, não havendo a possibilidade do trânsito em julgado destes anteriormente ao do principal” (PEIXOTO, Ravi de Medeiros. “A ação rescisória e a problemática dos capítulos de sentença”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra as decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 224).

57. “PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – PRAZO DECADENCIAL – TERMO A QUO. 1. O termo inicial para ajuizamento da ação rescisória é a data do trânsito em julgado da última decisão da causa, independentemente de o recurso ter sido interposto por apenas uma das partes ou a questão a ser rescindida não ter sido devolvida ao Tribunal. 2. O trânsito em julgado material somente ocorre quando esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso. 3. Afasta-se tese em contrário, no sentido de que os capítulos da sentença podem transitar em julgado em momentos distintos. 4. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª T., REsp n. 415.586/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2002, publicado no DJ de 09.12.2002, p. 328). *No mesmo sentido*: STJ, Corte Especial, EREsp n. 404.777/DF, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, j. 03.12.2003, publicado no DJ de 11.04.2005, p. 169.

prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória somente tem início após o trânsito em julgado da última decisão proferida em todo o processo.

A redação de tal enunciado sumular não é explícita, nem precisa. Ao se analisar os precedentes que lhe deram origem – de cujas *rationes decidendi* foi extraída a suma do entendimento –, verifica-se que o STJ realmente entende que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória somente tem início depois de esgotadas todas as vias recursais, ainda que o recurso seja parcial. O STJ ignora, enfim, a possibilidade de sucessivos trânsitos em julgado em um mesmo processo. Embora prevalecente no âmbito do STJ, esse entendimento não se afigura adequado nem correto^{58, 59}.

Aplicado esse entendimento do STJ, não se deveria admitir ação rescisória contra capítulo de sentença já transitado em julgado, quando ainda há algum recurso parcial pendente. Imagine-se, por exemplo, que “A” propõe em face de “B” ação em que formula os pedidos “x”, “y” e “z”. Todos os pedidos são julgados procedentes, mas “B” somente recorre de “z”. Enquanto pende tal recurso parcial, não se admite a ação rescisória relativamente aos pedidos “x” e “y”, se bem que já estejam alcançados pelo trânsito em julgado. Será preciso, então, aguardar o julgamento do último recurso em relação a “z” para, então, ser possível ajuizar ação rescisória relativamente a qualquer uma daquelas pretensões. Note, apenas para relembrar, que esse entendimento é contrário àquele firmado pelo TST (súmula do TST, n. 100, II).

58. Sobre o assunto, consultar, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 45, p. 52-62.

59. Quando houver, no processo, partes que disponham de prazos diferentes entre si (a exemplo de uma ação proposta por um particular em face da Fazenda Pública ou de uma ação proposta por alguém representado por defensor público, que, como se sabe, detém a prerrogativa de prazos em dobro), o trânsito em julgado somente irá operar-se quando do término do maior prazo, ainda que beneficie apenas uma das partes. Nessa hipótese, o prazo para ajuizamento da ação rescisória só terá início após o transcurso do prazo em dobro, inclusive para a parte que dele não se beneficia. Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO A QUO DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 495 DO CPC. PRAZOS RECURSAIS DIFERENTES PARA CADA UMA DAS PARTES, EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DO ART. 188 DO CPC. FORMAÇÃO DA COISA JULGADA QUANDO DO TERMO FINAL DO MAIOR PRAZO RECURSAL. 1. A coisa julgada formal é um dado processual objetivo, vale dizer, só ocorrerá quando não for mais possível que as partes se irresignem contra determinada decisão. Portanto, enquanto houver a possibilidade para que a Fazenda recorra, não se aperfeiçoa o instituto. 2. No caso dos autos, o acórdão transitou em julgado em 14.3.2002, após esgotar-se o prazo em dobro para a Fazenda Nacional interpor recurso, e a ação rescisória foi ajuizada pelo particular em 12.3.2004 – antes portanto do decurso do prazo decadencial de dois anos. 3. Recurso especial provido.” (STJ – 2ª T., REsp 718.164/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.12.2008, DJe 13.02.2009)”.

Tal entendimento desconsidera a teoria dos capítulos de sentença e a possibilidade de recursos parciais, limitados na extensão de seu efeito devolutivo, com o consequente trânsito em julgado parcial, a permitir a execução definitiva da parte não impugnada. Ora, fosse correto o entendimento adotado pelo STJ, não seria possível execução definitiva parcial. Toda a execução de parte ou capítulo de sentença, ainda que transitado em julgado tal capítulo, seria provisória, dependendo do resultado a ser produzido com o julgamento do recurso interposto, além de não se viabilizar o levantamento em dinheiro ou a transferência de domínio sem prestação de caução idônea (CPC, art. 475-O, III), ressalvadas as hipóteses expressamente capituladas no § 2º do art. 475-O do CPC.

Parece, ainda, ser incoerente ou contraditório o entendimento firmado pelo STJ. É que, segundo entende aquela Corte Superior, o trânsito em julgado somente se produziria com o julgamento do último recurso interposto, iniciando-se, em momento único, o prazo para o ajuizamento de qualquer ação rescisória. Embora deva, nesse entendimento, ser único o prazo para o ajuizamento da rescisória, iniciando-se sua contagem sempre na mesma oportunidade para qualquer parte ou capítulo de sentença, a competência para julgamento da rescisória varia de acordo com os trechos apreciados por cada tribunal no exame de cada recurso.

Com efeito, o STJ, não obstante entenda que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória deva iniciar-se somente depois do trânsito em julgado da última decisão que apreciou o último recurso, também entende que cabe aos tribunais de segunda instância apreciar a ação rescisória contra os capítulos da sentença transitados em julgado em outro momento.

Enfim, a tese adotada pelo STJ aplica-se para o início da contagem do prazo previsto no art. 495 do CPC, mas não para a fixação de competência, restando por eliminar a possibilidade de execução definitiva de parte ou capítulo de sentença, desconsiderando, ademais, a limitação na extensão do efeito devolutivo sofrida pelo recurso parcial. A parte ou o capítulo da sentença que não fora impugnado terá, para que se mantenha coerência com tal entendimento, de ser executada, sempre, de maneira provisória, obedecendo-se as regras contidas no art. 475-O do CPC.

Ora, o entendimento manifestado pelo STJ atrita com o ordenamento jurídico como um todo. É que o ordenamento jurídico, por essência, deve manter unidade e coerência⁶⁰. Realmente, constituindo o Direito um sistema, deve manter as

60. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, passim.

qualidades de ordenação e de unidade, na medida em que todo sistema contém uma ordem e uma unidade⁶¹.

A existência de capítulos de sentença e a possibilidade de recursos parciais (CPC, art. 505) acarretam a ocorrência de momentos diferentes para o trânsito em julgado, sendo igualmente diversos os momentos para ajuizamento das ações rescisórias relativas a cada capítulo. Além do mais, é curial que o capítulo não impugnado oportunamente transita em julgado, produzindo coisa julgada material e podendo ser objeto de execução definitiva, sem que se aplique qualquer restrição contida no art. 475-O do CPC⁶².

7. HIPÓTESES DE CABIMENTO

7.1. A causa de pedir na ação rescisória

Cada uma das hipóteses previstas no art. 485 corresponde a uma causa de pedir suficiente para fundamentar a rescisão do julgado. “A cada fundamento típico (não a cada inciso) corresponde uma possível causa de pedir. (...) Quando alguém pede a rescisão de sentença com invocação de dois ou mais fundamentos, na realidade está propondo duas ou mais ações rescisórias cumuladas...”⁶³

Essa constatação é importante, pois, sendo causa de pedir, questão de fato, o tribunal não pode rescindir a decisão por fundamento não invocado, em razão da regra da congruência (art. 128 e art. 460 do CPC). No entanto, “a indicação errônea de um por outro dos incisos do art. 485, todavia (assim como o equívoco na referência à disposição legal supostamente violada, no caso do inciso V), não vincula o órgão julgador, que pode examinar o pedido, e eventualmente acolhê-lo, à luz do dispositivo adequado, desde que a narração do fato conste da inicial.”⁶⁴ Para que haja essa correção, é preciso que o autor narre o fato apto a permitir a rescisão e apenas erre na indicação do dispositivo violado; não pode o tribunal invocar outra violação à lei, distinta daquela indicada na inicial, sob pena de violar a regra da congruência. Correto o texto do enunciado n. 408 da súmula do TST: “Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos

61. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, § 1º, p. 9-23.

62. Para maiores detalhes das críticas ao entendimento do STJ, conferir, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, v. 120.

63. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205.

64. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205.

invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica (*‘iura novit curia’*).”

“O órgão julgador, por seu turno, não pode em caso algum apreciar o pedido de rescisão à luz de outra norma, que o autor se haja absterido de dizer violada. Por mais nítida que seja a violação dessa outra norma, se o órgão julgador rescindir a sentença com base nela, infringirá o art. 128 do Código de Processo Civil: o fundamento da decisão estará fora dos limites da lide, tal qual submetida à cognição judicial”.⁶⁵ A violação ao dispositivo de lei é a própria causa de pedir da ação rescisória (art. 485, V, CPC) e, como tal, não pode ser alterada de ofício pelo magistrado.

7.2. Prevaricação, concussão e corrupção

Já se viu que a ação rescisória é cabível, quando configurada uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 485 do CPC, que passam a ser analisadas, uma a uma, nos itens seguintes.

Nos termos do inciso I do art. 485 do CPC, a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz.

O Código de Processo Civil de 1939 previa, em seu art. 798, situação análoga, considerando rescindível a sentença proferida por juiz *peitado*, ou seja, por aquele que tivesse incorrido em peita ou suborno, tendo, enfim, sido “subornado, corrompido com dádivas”⁶⁶. Na verdade, a *peita*, no CPC-1939, consistia caso de “particular interesse” na decisão da causa (art. 185, III), sendo certo que se tratava de hipótese de suspeição. A suspeição, então, constituía caso de rescindibilidade da sentença, contrariamente ao que sucede no regime do atual CPC-1973⁶⁷, em que se tem apenas o impedimento, e não a suspeição, como hipótese de rescindibilidade da decisão de mérito transitada em julgado. Já o suborno correspondia a qualquer ato ilícito de favorecimento pessoal/obtenção de vantagem ou equivalente ao que hoje se define como *prevaricação, concussão ou corrupção*.

Como se percebe, o termo *juiz peitado* ostentava uma considerável abrangência, incluindo a situação de obtenção, em razão do cargo, de qualquer vantagem, destinada à prolação de determinada decisão ou de sentença com certo conteúdo, além da situação em que se verificava o “interesse na causa”.

65. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”, cit., p. 211.

66. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 305.

67. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, § 19, p. 228-229.

Atualmente, é rescindível a sentença dada por prevaricação, concussão ou corrupção. Em outras palavras, cabível será a rescisória, se o juiz tiver praticado uma conduta criminal típica, cometendo o crime de prevaricação, concussão ou corrupção. Todos esses são crimes praticados contra a Administração Pública, enquadrando-se no Título XI, da Parte Especial do Código Penal. Tal título é dividido em 3 (três) capítulos, destacando-se o Dos Crimes praticados por *funcionário público* contra a Administração em geral (Capítulo I), o Dos Crimes praticados por *particulares* contra a Administração em geral (Capítulo II) e o Dos Crimes praticados contra a administração da Justiça (Capítulo III).

Se o juiz profere a sentença em razão de prevaricação, concussão ou corrupção, há defeito passível de nulidade, que, com o trânsito em julgado, passa igualmente a dar ensejo à rescindibilidade. Para que seja possível a ação rescisória, o juiz terá que se enquadrar no tipo penal correspondente a um daqueles citados crimes. Embora se diga que o intérprete do art. 485, I, do CPC não deve se ater aos textos de direito penal⁶⁸, o certo é que a rescisória depende, na espécie, da configuração de um daqueles crimes, tal como definidos no Código Penal⁶⁹.

Realmente, a ação rescisória, nesses casos, somente será cabível, se estiver configurada a prática dos referidos crimes, tal como definidos no Código Penal. A exegese ampliativa, que recomenda não dever o intérprete ater-se ao texto de direito penal, não deve ser perseguida. E isso porque os termos *prevaricação*, *concussão* ou *corrupção* não são conceitos vagos nem contêm termos juridicamente indeterminados.

68. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. cit., p. 231. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Rodrigues de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2002, v. 1, n. 45.3, p. 686. Segundo Humberto Theodoro Júnior, para que se admita a ação rescisória fundada no inciso I do art. 485 do CPC “não se deve, também, ater-se rigidamente ao princípio da tipicidade dos delitos, como ocorre no campo do Direito Penal”. (*Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. v. I, cit., p. 606). Reconhecendo essa como a melhor interpretação, mas se rendendo à dificuldade em firmar posição dada a escassez de casos fundados no inciso I do art. 485 do CPC: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, n. 3.1.3, p. 306.

69. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.475; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 11; DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. *Ação rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004, n. 11.4, p. 140; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 6.2., p. 845-846; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, n. 6.2, p. 687; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 107; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, nota II ao art. 485, p. 829; PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 304; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, n. 24, p. 49-51; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 731.

A definição de *prevaricação*, *concussão* ou *corrupção*, como, de resto, a de qualquer outro crime, pode ser identificada como um conceito jurídico-positivo, na medida em que corresponde a uma concepção vinculada às variações do Direito Positivo. A prevaricação, a concussão e a corrupção passiva enquadram-se na moldura de conceitos jurídico-positivos, exatamente porque decorrem especificamente do Direito Positivo brasileiro. De fato, são os arts. 316, 317 e 319 do Código Penal que fornecem o conceito de tais figuras criminais. Tais tipos penais somente são aplicáveis a um âmbito de validade determinado, no espaço e no tempo, pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, um conceito jurídico-positivo.

Impende, ainda, fazer a distinção entre as definições normativas e as definições meramente teoréticas. “As definições normativas são formuladas pelos órgãos competentes para a criação e aplicação do Direito. As definições teóricas correspondem a enunciados da ciência do Direito. As definições teóricas são formuladas pelo cientista do Direito a partir da experiência do Direito Positivo e do seu conhecimento. A verdade ou o erro são, portanto, atributos das definições teoréticas. Reversamente, atributos das definições normativas são a validade ou invalidade”.⁷⁰

As definições de prevaricação, concussão e corrupção passiva são, pois, definições normativas, e não teoréticas, decorrendo especificamente de uma norma jurídica, que, já se viu, está contida nos arts. 316, 317 e 319, todos do Código Penal brasileiro. Com efeito, a prevaricação consiste em “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (CP, art. 319). A concussão, por sua vez, identifica-se, na dicção do art. 316 do Código Penal, com o “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”. E, ainda, a corrupção passiva, que, nos termos do art. 317 do Código Penal, consiste em: “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Para que caiba a ação rescisória fundada no inciso I do art. 485 do CPC, não é necessário que haja prévia condenação criminal do magistrado, nem se exige a existência de ação penal em curso⁷¹. A prática do crime pode ser demonstrada

70. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 95.

71. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.475; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7 ed. v. 2, p. 12; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 108; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Có-*

e comprovada nos próprios autos da ação rescisória. Evidentemente, se houver prévia condenação criminal do juiz, já se terá a comprovação da prática de um dos referidos crimes, vinculando-se, em certa medida, o órgão julgador da ação rescisória⁷² (eficácia positiva da sentença penal condenatória).

Caso, porém, se trate de sentença penal absolutória, somente terá eficácia no processo civil, se decidir pela ausência do fato ou da autoria. Nessa hipótese, a ação rescisória receberá os influxos da sentença penal, devendo ser rejeitado o pedido de rescisão. Se, por outro lado, a absolvição tenha por fundamento a falta de provas ou a extinção da punibilidade por prescrição, morte ou outro motivo, não há repercussão para a ação rescisória, podendo, inclusive, ser julgado procedente ou improcedente o pedido rescindente.

É rescindível não somente a sentença proferida por juiz em prevaricação, concussão ou corrupção, mas também a decisão exarada por órgão colegiado, desde que um dos julgadores tenha praticado qualquer um dos mencionados crimes. Neste último caso, a rescisória somente se revela cabível, se voto haja concorrido para o resultado ou para a formação da maioria. Não basta que o julgador tenha participado do julgamento, sendo necessário que seu voto seja um dos vencedores. Em se tratando de voto vencido, não há consequência para o julgamento, não devendo ser admitida a rescisória⁷³.

Há quem sustente que somente deverá ter êxito a ação rescisória, se a posição do julgador que praticou o crime seja capaz de modificar o resultado objetivo do julgamento da causa. Em outras palavras, se tal julgador tivesse expressado convencimento diverso, seria diferente o resultado do julgamento⁷⁴. Para ilustrar esse entendimento, tome-se como exemplo um julgamento proferido por órgão colegiado, composto por 5 (cinco) julgadores. Imagine-se que o julgamento tenha sido proferido por maioria de 4 (quatro) votos, restando apenas um vencido. Pelo que se infere desse entendimento, se um dos votos vencedores fosse dado em prevaricação, concussão ou corrupção, ainda assim não se deveria acolher a

digo de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7 ed. cit., p. 829; PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 305; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 54; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 732.

72. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 108.

73. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.475; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7 ed. v. 2. cit., p. 13; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 109; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. cit., p. 829.

74. ORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 305.

rescisória, eis que, se acaso tal voto fosse vencido, o resultado ainda seria o mesmo, com uma maioria de 3 (três) votos, restando 2 (dois) vencidos.

Não parece, com o devido respeito, que se deva adotar tal entendimento. É que seu fundamento resvala para um subjetivismo ou para um casuismo que não se compadece com o tratamento a ser dado ao tema. Não há como se concluir que, tendo votado de outra forma um dos julgadores, o resultado manter-seia ou não da mesma forma. O que importa é que, tendo o voto contaminado sido um dos vencedores, não deve subsistir o julgado, devendo-se acolher a rescisória.

Por outro lado, há quem sustente que, sendo o relator o juiz corrompido e vindo este a, no relatório, induzir os demais membros a erro, deverá ser acolhida a rescisória, ainda que o relator tenha proferido voto vencido⁷⁵. Tal entendimento deve ser seguido.

Na verdade, o pedido rescindente deve ser acolhido, se o voto do julgador corrompido tiver repercussão prática na conclusão ou no resultado do julgamento⁷⁶.

Em princípio, o voto vencido não repercute no resultado, razão pela qual, se o voto foi vencido, descabe a rescisória, ainda que o seu prolator o tenha dado por prevaricação, concussão ou corrupção. Tanto isso é verdade que os Tribunais Superiores mantêm firme entendimento no sentido de que, para efeito de prequestionamento, *somente se considera a matéria veiculada nos votos vencedores*. A matéria referida apenas no voto vencido não configura prequestionamento (nesse sentido, ver o enunciado 320 da Súmula do STJ).

Ora, se o voto vencido não integra o julgamento, não estando prequestionada, para fins de recurso especial e extraordinário, a matéria somente ali tratada, é curial que tendo o juiz que cometeu o crime de prevaricação, concussão ou corrupção proferido voto vencido, não se revela cabível a ação rescisória. Não se exige, como será visto oportunamente, que haja prequestionamento da matéria para que caiba a ação rescisória. O que se pretende demonstrar com a constatação de que a matéria contida no voto vencido não confira prequestionamento é que o voto vencido não integra o julgado, não guardando pertinência com o resultado nem contendo influência no que seja decidido pelo colegiado. É por isso que não se deve acolher a ação rescisória, se a prevaricação, concussão ou corrupção tiver sido praticada pelo juiz que proferiu o voto vencido.

Caso, porém, sejam interpostos embargos infringentes, e estes venham a ser acolhidos para fazer prevalecer o voto vencido, deverá, então, ser acolhido o

75. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 56-57.

76. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 733.

pedido rescindente, eis que, nesse caso, o voto dado em prevaricação, concussão ou corrupção influenciou o resultado⁷⁷.

7.3. Impedimento do juiz

É rescindível a sentença proferida por juiz impedido. Como se sabe, o juiz é impedido nas hipóteses descritas nos arts. 134 e 136 do CPC. O impedimento do juiz acarreta a falta de pressuposto processual de validade. Na verdade, a imparcialidade do juiz constitui pressuposto processual de validade, que se reflete na exigência de o juiz não ser impedido⁷⁸.

A suspeição do juiz não constitui motivo para ação rescisória. O que gera o cabimento da rescisória é o impedimento do juiz. Para que seja acolhida a ação rescisória, é preciso que o juiz tenha proferido a sentença, e não simplesmente participado do processo ou nele atuado⁷⁹.

É rescindível também o acórdão, se um dos julgadores tenha proferido voto, não obstante estar impedido. No particular, a rescisória é apenas cabível, se voto tiver concorrido para o resultado ou para a formação da maioria. Não é suficiente que o julgador tenha participado do julgamento; exige-se que seu voto seja um dos vencedores. Se proferiu voto vencido, não se deve ter como contaminado o julgamento por seu impedimento, devendo ser rejeitada eventual rescisória.

É irrelevante, para o cabimento da ação rescisória, que tenha havido ou não exceção de impedimento no curso do processo originário. Com efeito, nas palavras de Sérgio Rizzi, “o fato de não haver sido acolhido o impedimento, em via de exceção, não inibe a propositura da rescisória”⁸⁰.

7.4. Incompetência absoluta

Enquanto o impedimento é um vício do *juiz*, a incompetência é um vício do *juízo*. A exemplo da imparcialidade, a competência também constitui um pressuposto processual de validade. A falta de competência acarreta invalidade do processo, cabendo ação rescisória.

77. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. cit., p. 829. Em sentido contrário, a não ser que, no julgamento dos embargos infringentes, também haja voto dado em prevaricação, concussão ou corrupção: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. cit., p. 846.

78. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. cit., p. 306.

79. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 61.

80. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, p. 61. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 145.

O que enseja a ação rescisória é a incompetência *absoluta*. Não cabe ação rescisória por ter havido incompetência relativa do juízo. Esta – uma vez não arguida – restou prorrogada, modificada, convalidada: o juízo, que era incompetente, se tornou competente. Assim, a juizada, por exemplo, determinada demanda em foro incompetente, a falta de exceção de incompetência faz com que o juízo se torne competente, convalidando-se o vício, não cabendo, portanto, ação rescisória.

Em razão do princípio da identidade física do juiz, competente para julgar a causa é o juiz que tenha encerrado a instrução. Ressalvadas as exceções contidas no próprio art. 132 do CPC – convocação, licença, promoção etc. –, a regra revela uma hipótese de competência funcional; absoluta, portanto. Nesse caso, a sentença proferida por juiz que não tenha encerrado a instrução caracteriza-se como uma sentença rescindível, em razão da incompetência absoluta (CPC, art. 485, II).

Na verdade, a regra do art. 132 do CPC determina que o *juiz* que encerrou a instrução deve proferir a sentença. A regra impõe a vinculação de um *juiz* à causa, não guardando pertinência com o *juízo*, que, aliás, será o mesmo. Rigorosamente, portanto, não se trata de competência, mas a ela se equipara para todos os efeitos. A regra, como dito, equipara-se a uma hipótese de competência absoluta. Logo, não respeitada, cabe a ação rescisória, com fundamento no art. 485, II, do CPC.

Se, não havendo a concretização de qualquer das ressalvas contidas no art. 132 do CPC, a sentença for proferida por juiz que não encerrou a instrução, haverá nulidade, cabendo a rescisória com fundamento no inciso II do art. 485 do CPC. Diversamente, se houver qualquer das exceções ali previstas e, ainda assim, o juiz que encerrou a instrução profere a sentença (quando não precisaria), não há nulidade, preservada a identidade física, descabendo a ação rescisória⁸¹.

Discute-se se, na ação rescisória por incompetência absoluta, há possibilidade de pedido de rejuízo. Normalmente, a ação rescisória terá por objeto um acórdão; se se afirma que o tribunal que proferiu o acórdão rescindendo era incompetente, não há sentido em pedir o rejuízo, pois haveria repetição do vício que deu origem à ação rescisória. Mas se o tribunal competente para julgar a rescisória tiver competência para o rejuízo (o que normalmente ocorre quando o objeto da rescisória é uma sentença), será cabível o *iudicium rescissorium*. Assim, por exemplo, se o objeto da ação rescisória é uma sentença proferida por um juízo de uma vara cível, com o fundamento de que deveria ter sido proferida por um juízo de uma vara de família, nada impede que o tribunal, rescindindo a decisão, rejuíze a causa, pois as causas de família também são da sua competência⁸².

81. YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, cit., p. 304-305.

82. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 2 ed. cit., p. 507.

Nesse caso, proferida a sentença pelo juízo da vara cível, e não pelo da vara de família, imagine-se que a sentença de mérito tenha sido substituída por acórdão do tribunal, sem que este tenha se apercebido do vício. Em outras palavras, julgada a causa pelo juízo da vara cível, e não pelo da vara de família, o tribunal, em grau de apelação, mantém a sentença, sem perceber o vício de incompetência. Em tal hipótese, cumpre perfilar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, para quem o acórdão, que substituiu a sentença, constitui a última decisão de mérito, a que transitou em julgado; e tal acórdão restou proferido por órgão competente, que foi o tribunal.⁸³ Se a rescisória, nesse caso, for ajuizada com fundamento na incompetência absoluta (CPC, art. 485, II), será o próprio tribunal que irá, no juízo rescisório, julgar a causa. Se já julgou antes, proferindo o acórdão rescindendo, falta interesse processual num novo julgamento, além de não se vislumbrar a presença de prejuízo. Ademais, falta, em verdade, a própria incompetência absoluta, pois a decisão de mérito transitada em julgado foi o acórdão do tribunal que, aliás, é absolutamente competente. Tal conclusão não ocorre se, nesse mesmo exemplo, o tribunal tiver Turma ou Câmara privativa de direito de família. Nessa hipótese, julgado o caso por uma Turma ou Câmara Cível, e não pela Turma ou Câmara de Família, aí sim caberia a rescisória, por incompetência absoluta. Pode-se, enfim, concluir que, sendo o tribunal competente e tendo havido substituição da decisão de primeira instância, não há mais o vício de incompetência absoluta, revelando-se incabível a rescisória.

Caso, porém, a causa tenha sido julgada por um juízo federal, quando deveria ter sido por um juízo estadual ou trabalhista, a rescisória será intentada perante o TRF ao qual esteja vinculado o juiz prolator da sentença, devendo, nesse caso, a rescisória conter, apenas, o juízo rescindente. Isso porque, se o tribunal rejulgar a causa, estará, igualmente, incorrendo no vício de incompetência.

Enfim, o tribunal que julgar a ação rescisória por incompetência absoluta pode rejulgar a causa? Quando pode e quando não pode? Na verdade, é preciso distinguir três hipóteses: a) causa julgada por “tribunal incompetente”: todo tribunal tem competência para julgar ação rescisória de seus próprios julgados, caso em que, acolhida a ação rescisória por sua incompetência absoluta, não lhe cabe rejulgar a causa, sob pena de incorrer no mesmo erro e repetir o vício que acarretou o ajuizamento da ação rescisória; b) causa julgada por “juízo incompetente”: o tribunal tem competência para julgar ação rescisória contra sentença de juiz a ele vinculado, caso em que poderá rejulgar a causa, como no exemplo, acima aventada, de uma ação de alimentos ter sido julgada em vara

83. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 66.

cível, e não em vara de família; c) causa julgada por “justiça incompetente”: nesse caso, a rescisória será intentada no tribunal “incompetente” (mas competente para a rescisória), devendo, acolhida a rescisória, remeter o caso para a “justiça competente”. Por exemplo: julgada, na Justiça Federal, causa que haveria de ter sido julgada na Justiça Estadual. A ação rescisória será intentada no respectivo TRF. Acolhida a rescisória, será desconstituída a sentença ou o acórdão rescindendo, não podendo o TRF rejulgar a causa, que deve ser julgada pela Justiça Estadual.

7.5. Dolo da parte vencedora

O inciso III do art. 485 do CPC desdobra-se em duas hipóteses: cabe a ação rescisória, quando tiver havido dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes para fraudar a lei.

O Código de Processo Civil impõe obediência aos deveres de lealdade e boa-fé, relacionando, em seus arts. 14 e 17, os atos que, uma vez não cumpridos, acarretam desrespeito a tais deveres. A preocupação do legislador com a probidade processual deságua, inclusive, na previsão de ação rescisória para desconstituir sentença de mérito transitada em julgado que seja resultado do dolo de uma das partes em detrimento da outra.

A rescisória, nesse caso, relaciona-se com ato da parte, e não com ato do juiz; o dolo, em outras palavras, não atua nem se revela na conduta do magistrado⁸⁴. Enfim, a rescisória é cabível em razão do dolo da parte vencedora que prejudica a parte vencida e induz o juiz a erro⁸⁵. Nesse caso, cabe a rescisória, quando a parte vencedora tenha impedido ou dificultado a atuação do vencido ou influenciado o juiz, afastando-o da verdade⁸⁶. Cabe a ação rescisória, se o dolo processual decorreu não somente de conduta praticada pela parte vencedora, mas também de conduta praticada por seu advogado⁸⁷.

Nem todo comportamento doloso rende ensejo ao cabimento da ação rescisória. É preciso que haja nexo de causalidade entre a conduta da parte vencedora e a decisão rescindenda⁸⁸. É preciso, para que se acolha a rescisória, que se reconheça

84. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, n. 45, p. 71.

85. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 735-736.

86. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 124; YAR-SHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, cit., p. 312.

87. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. cit., p. 308.

88. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 125.

o dolo e, mais precisamente, que se demonstre que ele foi a razão determinante do resultado a que chegou o juiz.

Cabe, por esse motivo, a ação rescisória, quando, por exemplo, o autor induziu o réu à revelia⁸⁹, ou, ainda, quando tenha criado empecilho à produção de prova⁹⁰.

Ao dolo da parte, equipara-se o dolo do seu representante legal e do seu advogado⁹¹. Se houver litisconsórcio, o dolo de um deles é suficiente para a rescisão da sentença⁹², a menos que se trate de litisconsórcio simples, situação em que cada litisconsorte terá um capítulo da sentença a ele dedicado.

É muito importante, finalmente, fazer menção ao enunciado n. 403 da súmula do TST:

“AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA VENCIDA. ART. 485, III, DO CPC.

I – Não caracteriza dolo processual, previsto no art. 485, III, do CPC, o simples fato de a parte vencedora haver silenciado a respeito de fatos contrários a ela, porque o procedimento, por si só, não constitui artilharia do qual resulte cerceamento de defesa e, em consequência, desvie o juiz de uma sentença não-condizente com a verdade⁹³.

II – Se a decisão rescindenda é homologatória de acordo, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual não é possível a sua desconstituição calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide”.

Convém registrar, de logo, que esse texto normativo ainda está preso a uma concepção de boa-fé processual subjetiva. Tanto é assim que, de acordo com a letra legal, a rescisão da sentença pressupõe *dolo, elemento subjetivo* de uma conduta ilícita. Reprimir-se-ia, aqui, um comportamento animado pela má-fé.

Ao tempo da edição do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina brasileira ainda não tinha conhecimento ou não dominava o manancial teórico da boa-fé objetiva. O texto codificado, à época, era encarado como uma proibição geral de comportamentos dolosos, e apenas isso. O inciso II do art. 14 do CPC era visto como uma proibição de prática de atos animados pela má-fé.

89. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, n. 45, p. 71; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 124.

90. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, cit., p. 313.

91. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 125.

92. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 125.

93. Na doutrina, sobre o tema, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 124-125.

A evolução do pensamento jurídico brasileiro permitiu, porém, que atualmente se encare o texto normativo sob outro enfoque: trata-se da consagração do princípio da boa-fé no processo.

O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções. Trata-se de consagração de uma cláusula geral de boa-fé processual, da qual se extrai o princípio da boa-fé processual.

Essa é a compreensão atual deste texto normativo (sobre o assunto, conferir o v. I deste *Curso*).

Exatamente em razão disso, é razoável defender a necessidade de uma releitura da parte inicial do inciso III do art. 485 do CPC.

A rescisória, nestes casos, serviria para desconstituir decisão judicial que tenha sido resultado de um comportamento da parte em desconformidade com a boa-fé objetiva, pouco importa se essa conduta tenha ou não sido animada pela má-fé. A parte inicial do inciso III do art. 485 transformar-se-ia, então, na hipótese de ação rescisória cabível para fazer valer o princípio da boa-fé processual e, assim, preservar a lealdade, a confiança e a ética processuais.

Esta releitura do texto legal serviria, enfim, para que o compreendêssemos como uma regra *concretizadora* do princípio da boa-fé processual.

Embora não tenha sido feita essa abordagem, o STJ parece ter decidido neste sentido.

No julgamento do Resp. n. 656.103-DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T., j. em 12.12.2006, acórdão publicado no DJ de 26.02.2007, p. 595, acolheu-se ação rescisória em um caso de nítida violação à boa-fé objetiva.

Vejamos o caso.

As partes fizeram acordo extrajudicial. Uma das partes comprometera-se a desistir de uma demanda se a outra parte doasse um imóvel a alguém. Não obstante a prestação de doação tenha sido *substancialmente adimplida*, a parte autora não desistiu do processo. A parte ré do processo originário (aquela que se comprometera a doar o imóvel) deixou de defender-se no processo, na crença de que o acordo já tinha sido cumprido. Foi reconhecida a sua revelia e decretados todos os seus efeitos. Houve sentença de procedência de todos os pedidos formulados, não obstante o acordo.

O STJ entendeu que a sentença fora resultado de um comportamento indevido da parte autora, que injustificadamente não cumpriu a sua prestação: desistir do processo. Aplicou-se a teoria do adimplemento substancial, que é manifestação da boa-fé objetiva.

No caso, considerou-se que a obrigação de doar fora substancialmente adimplida, o que impediria a alegação de exceção de contrato não cumprido pela parte autora, que se comprometera a desistir do processo. A doutrina é vasta ao aplicar a teoria do adimplemento substancial à *exceção de contrato não cumprido*.

Não se exigiu a demonstração de qualquer elemento subjetivo (má-fé; dolo) para a configuração da hipótese de rescindibilidade da parte inicial do inciso III do art. 485 do CPC. Rescindiou-se a decisão que fora produto de um comportamento objetivamente reprovável da parte autora, contrário aos padrões de comportamento ético impostos pelo princípio da boa-fé processual.

Trata-se de decisão que ratifica a consagração da cláusula geral de boa-fé processual do inciso II do art. 14 do CPC e que abre um profícuo novo caminho de interpretação desta conhecida e tradicional hipótese de rescindibilidade da sentença.

7.6. Conluio entre as partes

A segunda parte do inciso III do art. 485 do CPC guarda relação com o disposto no art. 129 do mesmo diploma processual. Ambos os dispositivos aludem à situação em que as partes valem-se do processo para obtenção de finalidade ilegal ou a fim de fraudar a lei. É o que se chama de processo fraudulento ou simulado.

Considera-se fraudulento o processo, quando as partes o utilizam em conluio para obtenção de finalidade proibida por lei, tendo-se por simulado o processo quando as partes, em conluio, fazem uso dele para prejudicar terceiro⁹⁴. Cabe a ação rescisória apenas em casos de processo fraudulento, não cabendo quanto aos casos de processo simulado, exatamente porque o art. 485, III, do CPC prevê a ação rescisória na hipótese de “colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”⁹⁵.

A hipótese de colusão entre as partes distingue-se do caso de dolo processual, na medida em que aquela é sempre bilateral, sendo este último é unilateral.

94. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 736-737.

95. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. p. 113.

7.7. Ofensa à coisa julgada

O prestígio e a proteção que o ordenamento jurídico conferem à coisa julgada justifica esta hipótese de rescindibilidade: será rescindível, assim, a sentença obtida quando já haja, sobre a *res deducta*, coisa julgada material. A proibição é de novo julgamento, independentemente ou não de o juiz confirmar o anterior: ele, o segundo juiz, simplesmente está impedido de conhecer a matéria, em razão do chamado efeito negativo da coisa julgada material.

A coisa julgada material é a qualidade que adquire o comando final da sentença, que, a partir do trânsito em julgado, se torna imutável e indiscutível. Significa que a conclusão a que chegou o juiz, ao proferir uma sentença de mérito, não poderá mais ser discutida em outro processo que envolva as mesmas partes, com idêntica causa de pedir e com o mesmo pedido. Se, mesmo tendo o comando final da sentença adquirido imutabilidade e indiscutibilidade, ainda assim houver nova decisão sobre a questão, haverá ofensa à coisa julgada, cabendo a ação rescisória.

Em princípio, acolhida a ação rescisória por ofensa à coisa julgada, haverá apenas o juízo rescindente, não devendo o tribunal rejulgar a demanda, pois estaria também ofendendo, se assim o fizesse, a coisa julgada, desconsiderando seu efeito negativo.

Há, porém, um caso em que a ação rescisória por ofensa à coisa julgada admite o pedido de re julgamento. Ocorre quando a ofensa dirige-se ao efeito positivo da coisa julgada. Imagine-se, por exemplo, que, na liquidação, o juiz extrapole o quanto for determinado na sentença liquidanda; ou, em uma ação de alimentos, o magistrado julgue improcedente a demanda, por entender inexistente o vínculo de parentesco, não obstante o autor tenha fundado o seu pedido em coisa julgada advinda de uma ação de investigação de paternidade. Em ambos os casos, coisa julgada foi ofendida em sua eficácia positiva. Na rescisória, poderá o tribunal, rescindida a decisão, avançar e proferir o julgamento rescisório, agora respeitando a coisa julgada anteriormente ofendida.

Em um conflito de coisas julgadas (uma segunda decisão violou a coisa julgada de uma primeira), e não sendo rescindida a decisão posterior, com base no inciso IV do art. 485 do CPC, qual das duas deve prevalecer? A segunda deve prevalecer, não só como homenagem ao princípio da segurança jurídica, mas também pelo fato de que, se a sentença tem força de lei entre as partes (art. 468, CPC), *lei posterior revoga a anterior*, não obstante a segunda lei pudesse ter sido rescindida; como não o foi, fica imutável pela coisa julgada e, assim, deve prevalecer⁹⁶.

96. Nesse mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 688-689; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código*

A questão, contudo, não é pacífica na doutrina. Há quem considere que deve prevalecer a primeira coisa julgada, reputando inexistente a segunda, eis que não haveria interesse de agir na segunda demanda, pois já solucionado, antes, o litígio, devendo-se considerar, ademais, a proteção constitucional dada à coisa julgada⁹⁷. Parte-se do pressuposto de que a falta de uma condição da ação implica inexistência do processo e, pois, da sentença nele proferida.

Cumpre, todavia, aderir ao entendimento – antes mencionado – de quem entende que prevalece a segunda coisa julgada, exatamente porque a segunda sentença não é inexistente: foi proferida num processo que existiu, não obstante com um defeito formal (desrespeito a um requisito processual de validade: ausência de coisa julgada anterior), que dá ensejo à sua rescisão, no prazo de dois anos. Fosse inexistente a segunda sentença, não haveria razão para se propor ação rescisória por ofensa à coisa julgada (CPC, art. 485, IV), faltando, aliás, interesse de agir na sua propositura, mercê da falta de necessidade. Como afirma Pontes de Miranda, “a ação *rescisória* por ofensa à coisa julgada supõe que tenha havido duas coisas julgadas sobre os mesmos pontos, porém há de ser proposta no prazo bienal”⁹⁸.

O Superior Tribunal de Justiça adotou também essa orientação, entendendo que, no conflito entre coisas julgadas contraditórias, há de prevalecer a segunda, a não ser que esta venha a ser rescindida. A primeira coisa julgada somente prevalece, se a segunda for desfeita em ação rescisória. Não havendo ação rescisória, mantém-se incólume a segunda coisa julgada⁹⁹.

de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 6, p. 284-286; *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, § 23, n. 6, p. 262-264; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, n. 133, p. 200-203; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, n. 862, p. 619; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 607, p. 608; YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, n. 107, p. 317-321.

97. Trata-se de posicionamento bastante difundido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como se vê do rol de adeptos desta concepção: ALVIM, Thereza. “Notas sobre alguns aspectos contravertidos da ação rescisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 1985, p. 12-13; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 6.4 ao art. 485, p. 1.477; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, n. 17 ao art. 485, p. 679; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, n. 81, p. 133-139; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Ação rescisória – apontamentos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 53, p. 58; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, n. 2.2, p. 36-39.
98. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, § 23, n. 6, p. 265.
99. “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO

Alexandre Freitas Câmara reconhece que o tema é tormentoso, entendendo que, de *lege ferenda*, poder-se-ia prever que, em casos assim, não haveria prazo para a ação rescisória, podendo esta ser proposta a qualquer momento. De acordo, entretanto, com as normas em vigor, deve prevalecer a segunda coisa julgada¹⁰⁰. No mesmo sentido, Eduardo Talamini defende essa solução de *lege ferenda*, concluindo que, de *lege lata*, prevalece a segunda coisa julgada, mas, em casos gravíssimos, “em que o prevalecimento da segunda sentença revele-se extremamente aviltante também para outros valores constitucionais, haverá de se cogitar da quebra atípica da segunda coisa julgada (v. cap. 13).”¹⁰¹

7.8. Violação à literal disposição de lei

Dentre os casos que rendem ensejo ao ajuizamento da ação rescisória, destaca-se o do inciso V do art. 485 do CPC, qual seja, quando a sentença de mérito transitada em julgado violar literal disposição de lei. Extraem-se do dispositivo 2 (duas) expressões que denotam o alcance da regra.

A primeira delas é *lei*.

TRANSITOU EM JULGADO.

1 – Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória.

2 – Agravo regimental a que se nega provimento.” [Acórdão unânime da 6ª Turma do STJ, AgRg no REsp 643.998/PE, rel. Min. Celso Limongi (Des. Conv. do TJ/SP), j. 15/12/2009, *DJe* 1º/2/2010).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. PRECEDENTES.

1. No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulatória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos à Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para excluir parcela do crédito exequendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente improcedentes.

3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor, por ter sido formada por último. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 598.148/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25/8/2009, *DJe* 31/8/2009).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÕES CONFLITANTES. TRÂNSITO EM JULGADO. CANCELAMENTO DE PRECATÓRIO. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. Verificada a existência de decisões conflitantes versando sobre o mesmo bem jurídico e ambas transitadas em julgado, prevalece aquela que por último transitou em julgado.

2. Somente se admite a desconstituição de sentença transitada em julgado através da ação rescisória.

3. Recurso a que se nega provimento.” (Acórdão unânime da 6ª Turma do STJ, REsp 400.104/CE, rel. Min. Paulo Medina, j. 13/5/2003, *DJ* 9/6/2003, p. 313).

100. *Lições de direito processual civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 28-30.

101. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, n. 3.4.5, p. 152-158.

É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que *lei*, tal como empregada no dispositivo, constitui expressão ampla, abrangendo tanto a lei estrangeira como a nacional, tanto a material como a processual, tanto a infraconstitucional como a constitucional¹⁰². A expressão *lei* está, aí, abrangendo a lei complementar, a ordinária, a delegada, a medida provisória, o decreto e qualquer outro ato de conteúdo normativo¹⁰³. Inclui, ainda, os costumes.¹⁰⁴ Não abrange, porém, violação a texto de súmula, mesmo se tratar de súmula vinculante¹⁰⁵.

Enfim, a violação de qualquer *norma jurídica* possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado. No particular, cumpre anotar que, contrariamente ao que sucede com os recursos extraordinário e especial, a propositura da ação rescisória por violação a literal disposição de lei *não* exige o chamado prequestionamento, ou seja, não é necessário que a norma tenha sido expressa ou implicitamente referida na decisão rescindenda¹⁰⁶.

Há uma relação muito próxima entre a ação rescisória por violação a literal disposição de lei (art. 485, V, CPC) e os recursos extraordinários. Essa relação se percebe, por exemplo, na comparação que se faz entre os enunciados n. 343 e 400 da súmula do STF¹⁰⁷, e pela impossibilidade de discussão, por recurso extraordinário, da violação

102. Eis, no particular, de lição de Cassio Scarpinella Bueno: “Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dada ao termo *lei* referido no inciso V do art. 485. *Lei*, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de *norma jurídica*, independentemente de seu escalão. Isto é, tanto pode se conceber a rescisória para impugnar decisão que violou a Constituição, leis propriamente ditas (incluindo as medidas provisórias que têm força de lei), bem assim atos infralegais como decretos, regulamentos. O STJ já admitiu a rescisória calcada no inciso V do art. 485 por ofensa a dispositivo de seu próprio Regimento Interno.” (*Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.477).

103. Assim leciona José Carlos Barbosa Moreira: “Lei”, no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende, à evidência, a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta da República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 6 ed. cit., p. 117).

104. CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 195-197.

105. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 133.

106. “PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO NO JULGADO RESCINDENDO. A jurisprudência do colendo Pretório Excelso e a doutrina encontram-se orientadas no entendimento de que a ação rescisória alicerçada no art. 485, V, do Código de Processo Civil não exige que a indigitada norma apontada como infringida tenha sido prequestionada no r. julgado rescindendo. Recurso provido”. (STJ, 5ª T., REsp n. 468.229/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.06.2004, publicado no DJ de 28.06.2004, p. 384). Neste mesmo sentido, CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 188.

107. COSTA, Thales Morais da. “Recurso especial em ação rescisória—art. 485, V, do CPC”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 1.085-1.086.

à lei colocada como causa de pedir da ação rescisória¹⁰⁸, que será visto adiante. Essa relação não passou despercebida do Tribunal Superior do Trabalho, conforme já apontado no exame do n. 410 da súmula da sua jurisprudência predominante, logo abaixo. O mesmo TST, ainda, exige o prequestionamento para a admissibilidade da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485. E aqui também se exige que o prequestionamento seja explícito – com expressa menção ao dispositivo de lei que se reputa violado no *decisum* rescindendo. É o que dispõe o enunciado n. 298 da súmula da jurisprudência do TST, nos seguintes termos: “A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe *pronunciamento explícito* na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada” (grifos aditados)¹⁰⁹. Na doutrina, advertem sobre o ponto Bernardo Pimentel Souza¹¹⁰ e Valentin Carrion¹¹¹.

Também neste sentido, STJ, Primeira Seção, ARn. 1.196, rel. p./ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 26.03.2003, DJ de 13.09.2004, p. 163.

É importante lembrar que, sendo a violação a literal dispositivo legal a causa de pedir da ação rescisória, é preciso que o autor aponte expressamente qual o dispositivo que reputa violado, não podendo o tribunal suprir a omissão, em

108. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 212.

109. Em sessão realizada no dia 6 de fevereiro de 2012, o Plenário do TST manteve, essencialmente, os termos do enunciado n.º 298 de sua Súmula. Em primeiro lugar, reafirmou, no seu item I, que “a conclusão acerca da ocorrência de violação literal a disposição de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada”. O item II do enunciado esclarece que “o pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto”. Admite-se, assim, *prequestionamento implícito*. Não é necessária a referência ao número do artigo tido como violado; basta que a matéria prevista no enunciado normativo tenha sido objeto de julgamento. Exatamente porque o texto não se confunde com a norma, não há necessidade de expressa referência a um enunciado normativo, sendo suficiente que o assunto pertinente à respectiva norma tenha sido objeto de julgamento. Segundo o item III do aludido enunciado sumular, “para efeito de ação rescisória, considera-se pronunciada explicitamente a matéria tratada na sentença quando, examinando remessa de ofício, o Tribunal simplesmente a confirma”. Se o acórdão rescindendo examinar o caso em razão do reexame necessário e cuidar de confirmar a sentença por seus próprios fundamentos, entende-se que há pronunciamento explícito sobre tudo quanto consta da sentença reexaminada. Se a sentença for meramente homologatória, sem qualquer motivação, não é possível, nos termos do item IV do enunciado sumular, a ação rescisória, exatamente porque não terá havido prequestionamento. Diante da falta de pronunciamento explícito sobre qualquer questão, não há prequestionamento, não sendo cabível a ação rescisória. Não se afigura correta tal orientação. A legislação não exige que a sentença homologatória seja fundamentada. Por outro lado, tal sentença produz coisa julgada material, resolvendo o mérito. Se o acordo contém obrigação que contraria norma jurídica, deve ser admitida a ação rescisória. Embora entenda ser necessário o prequestionamento para a ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC, o TST flexibiliza tal orientação, esclarecendo, no item V do enunciado n.º 298 de sua súmula, ser dispensável o pronunciamento explícito “quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença ‘extra, citra e ultra petita’”. Não se deve exigir o prequestionamento para que se admita a ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC. O TST, entretanto, faz, de há muito, essa exigência.

110. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 744.

111. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 625 e 626.

homenagem à regra da congruência. É possível, porém, que se prescindia da referência a número de artigo ou parágrafo, “desde que claramente identificável o conteúdo” da norma impugnada¹¹².

A propósito, eis o teor do enunciado n. 408 da súmula da jurisprudência do TST: “Não padece de inépcia a petição inicial de ação rescisória apenas porque omite a subsunção do fundamento de rescindibilidade no art. 485 do CPC ou o capitula erroneamente em um de seus incisos. Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica (*‘iura novit curia’*). No entanto, fundando-se a ação rescisória no art. 485, inc. V, do CPC, é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio *‘iura novit curia’*. ”

Por sua vez, o termo *literal* constante da expressão “violação a literal disposição de lei” tem suscitado discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, causando dificuldades na sua compreensão ou, até mesmo, na delimitação ou extensão dessa hipótese de cabimento da ação rescisória.

O termo *literal*, contido no texto do inciso mencionado, está empregado ali no sentido de *expresso, revelado*, sendo cabível a ação rescisória quando o juiz tiver violado o direito expresso ou revelado no caso concreto. Em outras palavras, tendo o juiz violado um costume, um princípio, uma lei expressa, ou, até mesmo, normas interpretativas, caberia a ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC. Enfim, qualquer direito expresso ou revelado, seja escrito ou não escrito, uma vez violado, poderá ser protegido pelo ajuizamento e posterior acolhimento da ação rescisória. Quando se alude a “violação a literal disposição de lei”, está-se a referir a “violação a literal fonte do direito”¹¹³, o que incluiria violação a princípio¹¹⁴. A violação de qualquer *norma jurídica* possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado.

De fato, quando o art. 485, V, do CPC, dispõe como hipótese de cabimento de rescisória a violação literal de disposição de lei, a interpretação que se lhe dá é

112. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 132.

113. Essa é a opinião de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 265-309; ZAVASCKI, Teori Albino. “Ação rescisória em matéria constitucional”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1.046; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 494-495. Parece partilhar dessa opinião José Carlos Barbosa Moreira, quando afirma que melhor teria sido substituir a expressão “violação a literal disposição de lei” por “violação a direito em tese”. E isso porque “o ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed., cit., p. 131).

114. Assim, entre outros citados ao longo do texto, TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 159; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001, p. 260 e 337.

no sentido de que o que se pretende proteger é o ordenamento jurídico como um todo, aí incluídas todas as modalidades de veículos normativos, *escritas ou não, explícitas ou implícitas*.¹¹⁵ Como afirma Barbosa Moreira: “Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar *literalmente* de texto algum”¹¹⁶.

É preciso neste momento fazer uma pausa.

Texto e norma são inconfundíveis. Há texto sem norma, bem como há norma sem texto. A norma é o produto da interpretação do sistema normativo.

Eis a lição de Humberto Ávila “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. (...) Quais são dos dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma. Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa”¹¹⁷.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, quando do julgamento do REsp 845.910/RS, publicado em 23.11.2006, admitiu ação rescisória, que, com base em violação ao princípio da proporcionalidade, buscava rescindir acórdão do TRF da 4ª Região, que, numa causa sobre imunidade tributária de entidade beneficente de assistência social, arbitrou honorários advocatícios que redundaram em cifra superior a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). Restou consignado, naquela decisão, que a jurisprudência do STJ tem entendido que discussões envolvendo

115. “Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dada ao termo lei referido no inciso V do art. 485. Lei, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de norma jurídica, independentemente de seu escalão. Isto é, tanto pode se conceber a rescisória para impugnar decisão que violou a Constituição, leis propriamente ditas (incluindo as medidas provisórias que têm força de lei), bem assim atos infralegais como decretos, regulamentos. O STJ já admitiu a rescisória calçada no inciso V do art. 485 por ofensa a dispositivo de seu próprio Regimento Interno.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.477.)

116. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 131.

117. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 30.

exorbitância ou insignificância de verba honorária – como também em condenações indenizatórias¹¹⁸ –, enquadraram-se como questão de direito, e não fática, o que viabiliza o apreciação da rescisória, com base no art. 485, V, do CPC, bem como o conhecimento de recurso especial.¹¹⁹

O STJ, em outra oportunidade, acolheu ação rescisória por violação ao princípio do contraditório, porque o acórdão rescindendo havia acolhido embargos de declaração com efeito modificativo, sem ter intimado, previamente, a parte contrária (1ª S., AR n. 2.702, Rel. p/ ac. Min. Teor. Zavascki, j. em 14.9.2011.)

Ademais, não há mais dúvida de que os princípios são enunciados normativos com força vinculativa. São normas¹²⁰. Compõem, pois, o ordenamento jurídico. A violação de uma dessas normas permite, pois, a rescisão de decisão judicial que viola norma-princípio.

Cumpra, a propósito, observar que não cabe ação rescisória por violação a um enunciado de súmula de tribunal, ainda que se trate de súmula vinculante. Na verdade, cabe a ação rescisória por violação à norma representada pelo enunciado da súmula. O enunciado da súmula divulga, resume e consolida uma interpretação dada a um dispositivo legal ou constitucional. É essa interpretação que constitui a norma jurídica, e não o texto constante da *letra* do dispositivo. Se, por exemplo, um enunciado da súmula vinculante do STF confere determinada interpretação ao dispositivo contido no art. x da Constituição Federal, o julgado que tenha decidido diferente terá violado a norma extraída do art. x da Constituição Federal.

118. Por todos, vale registrar o recente REsp 897.089/SP: “O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação do ressarcimento pelo dano moral, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação.” (REsp 897.089/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 06.03.2007, DJ 02.04.2007 p. 292).

119. Também admitindo a ação rescisória por violação a princípio, STJ, 3ª T., REsp n. 329.267/RS, j. em 26.08.2002, publicado no DJ de 14. 10.2002, p. 225. Ao julgar o REsp 1.217.321/SC, rel. originário Min. Herman Benjamin, rel. para o acórdão Min. Mauro Campbell Marques, a 2ª Turma do STJ reafirmou o entendimento de que cabe ação rescisória para discutir exclusivamente a verba honorária, ainda que não tenha havido sentença de mérito, desde que configurada uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. Em tal julgamento, não se admitiu, entretanto, a rescisória por violação aos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, se a parte simplesmente discorda do resultado da avaliação segundo os critérios legalmente estabelecidos. Também se afirmou, contrariamente ao quanto julgado no REsp n. 329.267/RS, não ser cabível ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária.

120. A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Além da obra de Humberto Ávila, já citada, com muito proveito podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-102; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-172; BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6a. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

O que restou violado foi a norma daí extraída. Na ação rescisória, indica-se que a violação foi ao art. x da Constituição Federal.

Por outro lado, há quem perfilhe o entendimento segundo o qual a expressão equivale a *direito escrito*, devendo a violação atingir a lei ou a tese nela contida expressamente¹²¹.

Seja como for, parece haver uniformidade de entendimento no sentido de que, para a admissibilidade da ação rescisória, não seria necessária a violação à literalidade da norma. É que a norma poderia estar sendo violada, por não ter o órgão julgador se valido de um método interpretativo mais adequado para o caso concreto, tendo, por exemplo, utilizado um método de interpretação literal, no que pode ter sido rigoroso, atentando contra o espírito da norma, contra sua interpretação teleológica, que seria mais adequada. Enfim, há violação à lei, para efeito de cabimento da ação rescisória, não apenas quando se contraria expressamente o dispositivo normativo, aplicando-o onde não cabe, mas também quando se lhe nega vigência ou, ainda, quando evidente erro na qualificação jurídica dos fatos¹²².

A ação rescisória, pelo menos quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, constitui mecanismo, de *estrito direito*, destinado ao controle de decisão de mérito transitada em julgado. Em outras palavras, na ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC não se permite o reexame de fatos ou de provas, é dizer, não se permite a ação rescisória para tratar sobre questão de fato. Esse, aliás, o sentido do verbete n. 410 da súmula do TST: “A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda”¹²³.

Já se viu que a ação rescisória, quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, somente se afigura cabível, se a questão for direito. Em se tratando de questão

121. PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. “O art. 485, V, do Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 125-130.

122. Nesse sentido: “Assim, o que acontece é que, em determinados casos, a análise da violação à lei importa em uma reanálise da qualificação jurídica dos fatos, o que não significa reapreciação da prova, porque a ação rescisória não se presta para reexame da matéria fática, a fim de corrigir decisões injustas”. (PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. “O art. 485, V, do Código de Processo Civil”, cit., p. 131).

123. Neste sentido, CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 194, com a seguinte ponderação: “a impossibilidade de reexame de questão de fato no juízo rescindente não impede que o órgão julgador, para verificar se houve violação da norma, refaça a subsunção, considerando apenas os fatos apresentados pela sentença rescindenda. No entanto, se o órgão julgador necessitar colher elementos que não se encontram na sentença rescindenda, tal apreciação lhe será vedada”.

de fato, não se permite o manejo da ação rescisória, sob pena de se transformá-la em recurso ordinário, com dilatado prazo de interposição.

Ao que tudo indica, o termo “violação a *literal* disposição de lei” deve ser interpretado como não apenas no sentido já apontado, ou seja, quando se viola a norma, quando se aplica a lei onde não cabe, quando se diz vigente dispositivo já revogado, quando se diz revogado dispositivo ainda vigente, quando se erra na qualificação jurídica de um fato ou, ainda, e, sobretudo, quando se diverge da interpretação dada à lei pelo respectivo tribunal superior. Se a *lei* violada for uma norma constitucional, haverá tal violação, quando a decisão rescindenda tiver destoado da interpretação dada àquela norma pelo Supremo Tribunal Federal. Caso, entretanto, a norma seja infraconstitucional, haverá a violação, quando a interpretação conferida pela decisão rescindenda afastar-se daquela ministrada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, tanto o STF como o STJ desempenham a função primordial de interpretar e preservar, respectivamente, a legislação constitucional e a infraconstitucional, daí resultando o papel de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto àquela respectiva legislação, em decisões *paradigmáticas*.

Sem embargo dessas circunstâncias – em que se desnuda a definição da expressão “violar *literal* disposição de lei” – parece ainda prevalecer o entendimento, segundo o qual somente *haverá* “violação a *literal* disposição de lei”, se somente houve “uma única interpretação predominantemente aceita. Incabível, portanto, a ação rescisória com base no inc. V, do art. 485, quando se trata de interpretação controvertida, ou seja, quando a lei tenha sido objeto de mais de uma interpretação aceitável”¹²⁴. O que se alega é que, “ao qualificar a violação com o adjetivo “*literal*”, o legislador certamente quis, de algum modo, especificar o conceito, limitar sua abrangência. Não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória”¹²⁵.

Tradicionalmente, entende-se que violar *literal* disposição de lei equivale a conferir-lhe uma interpretação equivocada de maneira aberrante, evidente, que salta aos olhos, não havendo tal violação *literal*, se a interpretação for razoável ou se havia, à época da decisão rescindenda, polêmica ou divergência jurisprudencial. Sob essa perspectiva, foi editado o enunciado n. 343 da súmula do STF, de cujo teor se extrai a seguinte dicção: “Não cabe ação rescisória por ofensa à

124. PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. “O art. 485, V, do Código de Processo Civil”, cit., p. 133.

125. ZAVASCKI, Teori Albino. “Ação Rescisória em matéria constitucional”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 1.046-1.047.

literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Esse verbete sumular contém o mesmo fundamento que inspirou o enunciado 400 da súmula do STF, de seguinte teor: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal”.

Cumpra advertir que, segundo o entendimento então firmado, o enunciado 400 da Súmula do STF aplicava-se, apenas, à parte do recurso extraordinário que tratava de norma infraconstitucional. Em se tratando de norma constitucional, não incidia o enunciado sumular. Enfim, o enunciado 400 da Súmula do STF nunca teve aplicação para matéria constitucional, aplicando-se, apenas, quando o recurso extraordinário versasse sobre questão infraconstitucional. Atualmente, entende-se que a Súmula 400 do STF não se aplica nem mesmo para questões infraconstitucionais, conforme foi visto no capítulo dedicado aos recursos excepcionais.

A exemplo do que sucede com o enunciado n. 400, o de n. 343, também da súmula do STF, não tem aplicação quando a norma violada for de índole constitucional¹²⁶. É que a violação a uma norma constitucional é bem mais grave do que a ofensa a um dispositivo de lei infraconstitucional; violar a Constituição equivale a atentar contra a base do sistema normativo. Cumpra, diante disso, preservar a supremacia da Constituição e, de resto, garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião do texto constitucional¹²⁷. Não é sem razão, aliás, que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como *paradigmáticas*; e, por isso, os demais tribunais da federação devem segui-las.

É pacífico, aliás, o entendimento jurisprudencial no sentido de que o enunciado 343 da Súmula do STF não se aplica, quando a norma tida como violada for de índole constitucional. Significa que, ainda que controvertido o entendimento quando da prolação da decisão rescindenda, cabe a rescisória, se for constitucional a norma apontada como violada. A título exemplificativo, confira-se o teor do seguinte julgado: “EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável. diante da clara invocação do princípio constitucional do

126. Assim, p. ex., STJ, 1ª S., AR n. 730/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.05.2004, publicado no DJ de 14.06.2004, p. 153).

127. ZAVASCKI, Teori Albino. “Ação Rescisória em matéria constitucional”, cit., p. 1.048-1.053.

direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.”¹²⁸

Ao julgar os embargos declaratórios opostos contra tal acórdão, o STF, inicialmente entendendo que o Plenário pode julgar embargos de declaração opostos contra acórdão proferido por Turma, reafirmou a inaplicabilidade do enunciado 343 da sua Súmula quando a matéria for constitucional. E isso porque “5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida, ou seja, anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal”.¹²⁹

Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni, o enunciado n. 343 da súmula do STF deve aplicar-se irrestritamente, tanto para questões constitucionais quanto para questões infraconstitucionais, não sendo, em qualquer hipótese, cabível a rescisória, quando a interpretação, à época do julgado rescindendo, fosse controvertida. É que, segundo entende, o art. 485, V, do CPC prevê ação rescisória para hipótese de violação a literal disposição de lei, e não para caso de direito superveniente. O entendimento que afasta o enunciado 343 da Súmula do STF quando a matéria ostenta feição constitucional está, na sua opinião, permitindo uma ação rescisória fundada em direito superveniente, e não em violação a literal disposição de lei. Em suas palavras, “..., a ação rescisória que se dirige contra decisão que tratou de questão prejudicial sobre a qual recaía divergência interpretativa não é fundada em ‘violação literal de lei’, mas em *ius superveniens*. Isto se torna evidente quando se percebe que esta rescisória não se preocupa com o teor da decisão rescindenda, ou seja, com a circunstância de a decisão ter violado literalmente, ou não, uma norma, bastando não só para a sua admissibilidade, mas também para a procedência do pedido desconstitutivo, apenas um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal com sinal contrário ao da decisão que se almeja rescindir. Sustenta-se que a ação é fundada em ‘violação literal de lei’ obviamente porque existe esta previsão para a rescisão da coisa julgada (art. 485, CPC). Não há, nem poderia haver, ação rescisória amparada em *ius superveniens*”.¹³⁰

A rescisória cabe, não há dúvida, quando a decisão rescindenda confere à norma constitucional interpretação manifestamente inconstitucional, ou quando aplica lei que já teve sua inconstitucionalidade proclamada pelo STF, ou quando deixa de aplicar norma já declarada constitucional pela Corte Suprema.

Enfim, se a decisão rescindenda baseou-se em norma cuja interpretação era controvertida à época de sua prolação, não cabe ação rescisória (Súmula STF, n. 343), *a não ser que* tal norma seja constitucional.

128. STF, 2º T., RE-AgR n. 328.812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10.12.2002, publicado no *DJ* de 11/4/2003, p. 42.

129. STF, Pleno, RE-ED n. 328.812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 06.03.2008, publicado no *DJe-078* divulg. 30.04.2008 public 02.05.2008.

130. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, n. 4.3, p. 116-117.

O STJ, na trilha da orientação ministrada pelo STF, já manifestou entendimento no sentido de não ser aplicável o enunciado 343 da Súmula do STF também quando violada norma infraconstitucional. Como o STJ ostenta a função de intérprete autêntico da norma infraconstitucional, a interpretação que for por ele fixada é a que deve prevalecer, sendo ilegal toda e qualquer decisão proferida em sentido contrário, ainda que anterior ao entendimento fixado pelo STJ e mesmo que controvertido, à época do julgamento rescindendo, o entendimento a respeito da interpretação a ser dada à norma infraconstitucional. Convém transcrever os itens 2, 3 e 4 da ementa do STJ, 1ª T., REsp n. 1.026.234/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27.5.2008, publicado no DJe de 11.6.2008:

“2. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância.

3. Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.

4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores”.¹³¹

131. STJ, 1ª T., REsp n. 1.026.234/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.5.2008, publicado no DJe de 11.6.2008. *Em sentido contrário*: STJ, 3ª T., AgRg no REsp 873.570/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em

Trata-se de julgamento paradigmático. Mas foram acolhidos os embargos de divergência interpostos contra esse acórdão, reformando-se a decisão da Turma do STJ (rel. Herman Benjamin, j. em 13.05.2009). Aparentemente, portanto, o precedente teria perdido a sua importância, exatamente porque fora substituído por outra decisão. Sucede que a decisão dos embargos de divergência não enfrentou o tema da relativização da aplicação do n. 343 da súmula do STF nos casos em que a controvérsia já tenha sido pacificada pelo STJ. Os embargos de divergência foram acolhidos para reformar a conclusão a que chegou a 1ª Turma, no mencionado acórdão, sobre a questão principal discutida; reviu-se, portanto, a solução de mérito sobre a correta interpretação da lei federal; a Seção, no julgamento dos embargos de divergência, deu uma solução de mérito distinta daquela que fora dada pela Turma. A questão da relativização da súmula 343 não foi enfrentada. Enfim, o acórdão proferido no REsp n. 1.026.234, não obstante tenha sido reformado, ainda é muito relevante, pois aponta para uma transformação da jurisprudência consolidada sobre a aplicação do inciso V do art. 485 do CPC. Está-se diante de um verdadeiro *signaling* do Superior Tribunal de Justiça, que assinala o provável *overruling* de sua jurisprudência (sobre o *signaling*, ver capítulo sobre a teoria do precedente no v. 2 deste *Curso*).

De todo modo, convém dizer que a ação rescisória, neste caso, somente será admissível quando o posicionamento firmado pelo STJ for *anterior* à decisão transitada em julgado;¹³² se à época da decisão rescindenda havia controvérsia em torno da interpretação da regra legal, não se admite a rescisão da sentença, que se configuraria, no caso, grave ameaça à segurança jurídica.

7.9. Prova falsa

Cabe ação rescisória, na dicção do inciso VI do art. 485 do CPC, quando a sentença de mérito transitada em julgado fundar-se em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou tenha sido provada na própria ação rescisória.

22.6.2010, publicado no DJe de 30.6.2010, ali restando consignado que “A violação literal de dispositivo de lei que possibilita o aforamento da ação rescisória, fundada no artigo 485, V, do CPC, tem como pressuposto o fato de a norma ter sido infringida em sua literalidade. E, no caso, a violação literal não está presente, pois, o Acórdão rescindendo apenas elegeu uma dentre as interpretações possíveis para os dispositivos tidos por violados.”

132. Nesse sentido, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.001.779/DF, rel. Min. Luiz Fux, quando, então, consignou, no item 2 da ementa, que “A ação rescisória, *a contrario sensu*, resta, então, cabível, se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido.” (STJ, 1ª S., j. 25.11.2009, DJde 18.12.2009).

É preciso notar que somente cabe a rescisão se a decisão fundar-se na prova falsa. Se a decisão rescindenda funda-se em outra prova, além daquela que se reputa falsa, não há o direito à rescisão, pois, afinal, a decisão pode manter-se com base em outro lastro probatório. Somente cabe a rescisão em razão da prova falsa, se ela for a “base” que sustenta a decisão rescindenda. “O que importa é averiguar se a conclusão a que chegou o órgão judicial, ao sentenciar, se sustentaria ou não *sem* a base que lhe ministrara a prova falsa. A sentença não será rescindível se havia outro fundamento *bastante* para a conclusão”.¹³³

Essa hipótese de ação rescisória diz respeito a qualquer prova. Sendo falsa uma prova documental, testemunhal, pericial¹³⁴, enfim, sendo falsa qualquer prova produzida, cabe a ação rescisória¹³⁵. Percebe-se que não se cogita a falsidade de uma presunção, que não é meio de prova (ver capítulo sobre a teoria geral da prova no v. 2 deste curso)¹³⁶.

A falsidade da prova tanto pode ser material como ideológica¹³⁷. Segundo esclarece Evaristo Aragão Ferreira dos Santos, “para que esteja configurada a falsidade suficiente para fundamentar a rescisória, basta que o fato atestado pela prova não corresponda à verdade. Pouco importa que essa alteração da verdade tenha ocorrido consciente ou inconscientemente. É suficiente, para caracterizar a falsidade, a mera desconformidade entre o efetivamente ocorrido e o fato atestado pela prova”.¹³⁸

Nos termos do inciso VI do art. 485 do CPC, essa falsidade deve ter sido apurada em processo criminal, podendo, ainda, ser demonstrada na própria ação rescisória. Não obstante a literalidade da regra, também se deve admitir a ação rescisória, quando a falsidade tiver sido apurada em ação declaratória civil (CPC, art. 4º, II)¹³⁹. Todavia, se a sentença proferida na ação declaratória de autenticidade,

133. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 134. Neste sentido, também MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 323; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 325.

134. STJ, 3ª T., REsp n. 885.352/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 07.04.2011, publicado no DJe de 14.04.2011.

135. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 312; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 326.

136. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 134.

137. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 744.

138. “A ação rescisória fundada em prova falsa e a sentença civil declaratória de falsidade”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 340.

139. Nesse sentido, com ampla argumentação: SANTOS, Evaristo Aragão Ferreira dos. “A ação rescisória fundada em prova falsa e a sentença civil declaratória de falsidade”, cit., p. 351-352. Em sentido contrário, Barbosa Moreira: “A prova da falsidade terá de ser feita no processo da rescisória; e, embora óbvio que a

houver declarado autêntico o documento, fica excluída a possibilidade de rescisão com base nesse fundamento, em razão da eficácia positiva da coisa julgada¹⁴⁰.

Cabe, enfim, a ação rescisória, se a prova utilizada (e que fundamentou a sentença de mérito) for falsa.

A prova falsa é, como visto, uma prova que não é verdadeira. Se cabe a ação rescisória por ter sido falsa a prova, cumpre investigar se também cabe a ação rescisória, quando a prova for verdadeira (ou seja, não for falsa), mas tiver sido obtida por meio ilícito. Enfim, a prova verdadeira, obtida por meio ilícito, autoriza ação rescisória?

A Constituição Federal veda a obtenção de provas por meios ilícitos. Nesse caso, “é possível afirmar que, mesmo não havendo cominação expressa de nulidade para as provas ilícitas ou obtidas mediante violação dos direitos fundamentais, isso não significa que elas devam ser admitidas no processo (art. 5º, LVI, CF). A prova ilícita, que equivocadamente ingressa no processo, não pode ser valorada pelo juiz, porque não integra a esfera do seu livre convencimento, sob pena de ocasionar a nulidade da sentença”.¹⁴¹

Os atos processuais, como se sabe, somente se consideram válidos, mantendo-se hígidos, se realizados em conformidade com as determinações contidas em lei, sendo, então, aptos a produzirem os efeitos projetados e almejados. Significa que, não atendidos os requisitos legais para a prática do ato, restará caracterizada sua invalidade e inaptidão para o alcance do seu desiderato. Assim, se a prova é ilícita, ou seja, foi produzida em desacordo com as exigências e os requisitos previstos em norma de direito material – aí incluída a constitucional – é possível a sua nulidade. Nula a prova, a sentença está fundada em fato não provado, deixando de conter legitimidade.

Daí resulta a nulidade da sentença, eis que proferida sem a efetiva produção da prova¹⁴². Na verdade, “o direito à prova inclui, pois, o direito ao exame, na sentença, das provas relevantes para a solução da causa. Não há de ser considerado legítimo o exercício do poder jurisdicional quando o Estado-juiz se omite na

sentença civil representará poderosíssimo elemento de convicção, o órgão julgador da rescisória conserva integral liberdade de apreciação e não fica excluída a possibilidade de rejeitar ele o pedido por não se haver convencido da falsidade. Não o vincula, aí, a *auctoritas rei iudicatae* da sentença civil declaratória – o que não deixa de configurar uma singularidade na sistemática processual”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 136).

140. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 134.

141. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, n. 5.5, p. 179.

142. GRINOVER, Ada Pellegrini. “O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição”. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 327.

análise de uma prova relevante que, caso fosse examinada, poderia possibilitar uma reconstrução diferente dos fatos, implicando uma consequência jurídica contrária àquela obtida sem a apreciação probatória. A valoração, todavia, nem sempre é necessária, mostrando-se supérflua quando outros elementos probatórios analisados asseguram a fundamentação da decisão. Entretanto, a sentença que deixa de valorar uma prova relevante ao julgamento da causa e traz prejuízos a uma das partes pode ser considerada nula, inclusive por falta de motivação (art. 93, IX, CF).¹⁴³

Ora, se o juiz fundamentou-se numa prova, e esta prova é ilícita, deverá ser desconsiderada sua produção. Então, a sentença estará fundada em fato não provado, ou seja, a sentença deixa de conter fundamentação.

Sabe-se que a sentença pode ser nula, por padecer de vícios intrínsecos, ou seja, defeitos da sentença em si mesma, quando, por exemplo, não contiver fundamentação. Não havendo prova, deixa de haver fundamentação na sentença, passando a ser nula. Isso porque a prova ilícita é considerada como prova não produzida. E a sentença que nela se funda, não está fundada em prova alguma.

Enfim, havendo algum vício na própria sentença, esta poderá ser invalidada.

As sentenças passíveis de invalidação podem ser atacadas por apelação e, sucessivamente, pelos recursos previstos na lei processual. Sobrevindo o trânsito em julgado, essa sentença passa a ser, igualmente, rescindível, podendo ser desconstituída por ação rescisória no prazo de 2 (dois) anos. Significa que algumas sentenças defeituosas, após o trânsito em julgado, passam a ser também rescindíveis.

O fundamento da rescisória, nesse caso, é o art. 485, V, do CPC, porquanto terá havido ofensa a literal disposição de lei. Realmente, utilizada uma prova ilícita no processo, restou violada a norma que a proíbe. Tudo está a indicar, portanto, que a prova verdadeira, obtida por meio ilícito, autoriza ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC. A conclusão é a de que cabe a ação rescisória, não com fundamento no inciso VI do art. 485 do CPC, pois a prova é verdadeira, ou seja, ela não é falsa, mas com fundamento, isto sim, no inciso V do art. 485 do CPC, haja vista a violação a literal disposição de lei.

7.10. Documento novo

A hipótese descrita no inciso VII do art. 485 do CPC não encerra caso de rescisória por defeito da sentença (invalidade). A sentença, na espécie, é válida,

¹⁴³. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, n. 5.5, p. 180-181.

ostentando uma injustiça a ser eliminada pela ação rescisória. Nesse caso, a ação rescisória é cabível, quando o autor, depois da sentença, obtiver documento novo. O cabimento da rescisória depende de um único meio de prova: o documento, não sendo possível, no particular, o uso da analogia para que se admita a rescisão com base em outros meios de prova, tais como a testemunha¹⁴⁴, a inspeção judicial, dentre outros.

Dá já se percebe não caber a ação rescisória fundada em declaração de quem podia ter sido testemunha no processo originário¹⁴⁵.

A propósito, é conveniente destacar que constituem exemplo de prova documental a fotografia, a reprodução mecânica, a película, fita de gravador, enfim, qualquer reprodução mecânica (CPC, art. 383)¹⁴⁶. Na realidade, em direito probatório, são considerados documentos não somente os escritos, mas também as plantas, cartas topográficas, desenhos, fotografias, fonografias e outros instrumentos semelhantes¹⁴⁷.

No conceito de documento novo incluem-se todas modalidades de documento, cabendo, em qualquer dessas hipóteses, a ação rescisória. Inadmissível, porém, a rescisória fundada em documento particular, quando a lei exige, para a prova do fato alegado no processo anterior, instrumento público (CPC, art. 366)¹⁴⁸. Os documentos eletrônicos também devem ser considerados na admissibilidade da ação rescisória fundada no inciso VII do art. 485 do CPC¹⁴⁹.

Independentemente do tipo de documento ou da classificação que ele possa ter, o que importa verificar é que, em se tratando de documento *novo*, será possível intentar a ação rescisória. Na verdade, documento novo é aquele estranho à causa, ou seja, aquele “*ainda não pertencente à causa*”¹⁵⁰.

Em outras palavras, o documento novo não é aquele constituído posteriormente¹⁵¹. O documento novo é aquele que não foi apresentado no curso do processo originário, destinado a provar fato já ocorrido¹⁵². Enfim, documento novo é aquele que já existia no momento da prolação do julgado rescindendo, mas não foi apresentado oportunamente no processo originário. Vale dizer que o documento não

144. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 747.

145. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 173.

146. PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.164.

147. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, n. 18, p. 34.

148. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 173.

149. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 327.

150. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 179.

151. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 122.

152. SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, n. 866, p. 624.

existente no momento em que proferido o *decisum* rescindendo não possibilita a desconstituição do julgado¹⁵³.

Cumprido ao autor da rescisória demonstrar o *momento* em que obteve o documento novo. É que, na dicção do art. 485, VII, do CPC, o documento novo deve ser obtido “depois da sentença”. Ao aludir ao momento ocorrido “depois da sentença”, o dispositivo, em verdade, está a referir-se ao instante verificado após a última oportunidade em que era permitido à parte valer-se do documento na ação originária¹⁵⁴.

Em outras palavras, o momento da descoberta do documento novo deve ocorrer “depois da sentença”, ou seja, depois da preclusão probatória. Se ainda era possível à parte juntar o documento no processo originário, e não o fez, não caberá a rescisória. Esta somente será cabível, se o documento foi obtido em momento a partir do qual não se permitia mais juntá-los aos autos do processo originário.

Como se percebe, a expressão “depois da sentença” não deve ser tomada no sentido literal. Se o documento foi obtido após a sentença, poderia a parte, na apelação, demonstrando a existência de força maior que impediu a juntada em momento anterior (CPC, art. 517), acostar a prova documental aos autos. Nesse caso, não se revela cabível a rescisória¹⁵⁵. Caso fosse lícito à parte juntar o documento em qualquer momento do processo originário, e desde que ainda possível ao órgão jurisdicional levar em conta o documento, antes da ocorrência do trânsito em julgado, não se admitirá a ação rescisória.

Já se percebe qual deve ser o momento da descoberta do documento: a partir do instante em que não se possa mais juntá-lo aos autos ou a partir do momento em que não possa mais ser apreciado no processo originário.

A ação rescisória, fundada em documento novo, somente deve ser admitida, se o autor da rescisória, quando parte na demanda originária, ignorava a existência do documento ou não pôde fazer uso dele durante o trâmite do processo originário. Vale dizer que o documento somente terá aptidão para permitir a rescisória, se houver a comprovação da existência de “contingências que obstaculizaram sua utilização na demanda anterior”¹⁵⁶.

153. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 746.

154. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., n. 81, p. 123; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. cit., n. 96, p. 175-176; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. cit., n. 22.4.8, p. 746.

155. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. cit., p. 176.

156. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 328-329.

A ação rescisória, nesse caso, não serve para obter-se o reexame da prova. A rescisão da decisão está condicionada ao desconhecimento ou à falta de acesso de documento indispensável para a solução da causa¹⁵⁷.

Enfim, a parte, para valer-se da ação rescisória fundada em documento novo, deve demonstrar que não conhecia tal documento durante o processo originário ou, se o conhecia, a ele não teve acesso. Na hipótese de a parte deixar de juntar aos autos o documento por desídia ou por culpa sua, não poderá, posteriormente, intentar a rescisória fundada no inciso VII do art. 485 do CPC. Com efeito, “desqualifica-se como documento novo o que não foi produzido na ação principal por desídia da parte”¹⁵⁸.

Para que se admita a ação rescisória fundada no art. 485, VII, do CPC, o documento novo deve referir-se a fatos controvertidos no processo originário. Se o fato não foi alegado nem objeto de controvérsia no processo, não cabe a rescisória. Ora, se é preciso, para o cabimento da rescisória fundada em documento novo, que o fato tenha sido alegado no processo originário, resulta curial que ao revel – o qual, justamente por ser revel, não alegou qualquer fato – não se franqueia a possibilidade de valer-se da ação rescisória, com fulcro no art. 485, VII, do CPC.

Não se nega que o revel possa intentar ação rescisória; a ele é conferida essa possibilidade¹⁵⁹. O que se revela impossível é que sua rescisória tenha fundamento no art. 485, VII, do CPC, na exata medida em que o documento novo deve dizer respeito a fato alegado e o revel, por razões óbvias, não alegou qualquer fato no processo originário.

O documento novo deve, enfim, referir-se a fato alegado no processo originário, não contendo serventia aquele que diga respeito a fato não invocado no feito em que proferida a decisão rescindenda. E nem poderia ser diferente, visto que os fatos não alegados oportunamente no processo originário são alcançados pelo efeito preclusivo da coisa julgada, mercê da aplicação da eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 474 do CPC. “Não pode haver ampliação da *área lógica* dentro da qual se exerceu, no primeiro feito, a atividade cognitiva do órgão judicial, mas unicamente ampliação *dos meios de prova* ao seu dispor para resolver questão de fato já antes suscitada”¹⁶⁰.

O documento novo, que irá render ensejo à propositura da ação rescisória, há de ser suficiente para modificar a conclusão a que se chegou na decisão

157. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 747.

158. STJ, 3ª T., AgRg no AG n. 569.546/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 24.08.2004, publicado no DJ de 11.10.2004, p. 318.

159. MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. ce. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003, n. 3.5.4, p. 165-168.

160. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 140.

rescindenda. Em outras palavras, tal documento “tem de ser bastante para que se julgasse procedente a ação”¹⁶¹. De fato, é preciso que o documento novo, necessariamente e sozinho, gere um pronunciamento favorável ao autor da ação rescisória¹⁶². O pronunciamento a ser obtido, com o documento, deve ser favorável, ainda que parcial¹⁶³.

A ação rescisória, no caso do inciso VII do art. 485 do CPC, deverá ser intentada por petição inicial que venha acompanhada do documento novo a que alude o referido dispositivo. Trata-se de elemento indispensável à propositura da ação, sem o qual deverá o relator determinar a intimação do autor para, emendando a petição inicial, apresentar o documento (CPC, arts. 283 e 284).

Não se permite seja a ação rescisória intentada, sem o documento novo, nem se concebe que, em hipóteses assim, o autor peça ao juiz, incidentalmente, a exibição do documento, na forma descrita nos artigos 355 e seguintes do CPC. Isso porque um dos requisitos da rescisória, nesse caso, é, como se viu, a comprovação de que o autor da rescisória só teve acesso ao documento, “depois da sentença”. Ora, se ainda não teve acesso ao documento, não lhe cabe, por enquanto, propor a ação rescisória.

O que se permite é que o autor promova, antes, uma ação de exibição, a fim de, obtido o documento novo, aí sim intentar a ação rescisória¹⁶⁴. Se, no curso dessa demanda, houver o risco de transcurso do prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC, deverá, então, ser intentada a ação rescisória, em cuja petição inicial deve ser informada a existência da ação, requerendo-se a suspensão do processo rescisório, em virtude do que dispõe o art. 265, IV, *a*, do CPC¹⁶⁵.

O exame de DNA, obtido após o trânsito em julgado ou depois do momento processual para sua juntada aos autos do processo originário, pode servir para instruir a ação rescisória fundada em documento novo. A primeira dificuldade que se verifica é a de enquadrar o exame de DNA no conceito de prova documental. E isso porque, consoante restou acentuado, a ação rescisória fundada no art. 485, VII, do CPC tem supedâneo, apenas, em prova documental, não contendo serventia qualquer outro tipo de prova.

Tudo indica que a preferência legal pela prova documental, na hipótese do inciso VII do art. 485 do CPC, aponta para a preocupação do sistema em não admitir “testemunha nova” como motivo de rescisão da decisão transitada em julgado. Daí se dizer

161. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 330.

162. COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7 ed. cit., p. 96.

163. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 183.

164. COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7 ed. cit., p. 95-96.

165. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 184.

que o termo “documento” contido no dispositivo deve compreender qualquer prova real, porquanto a razão da regra foi, certamente, a de excluir a prova testemunhal¹⁶⁶. Nesse sentido, deve-se admitir a ação rescisória com fundamento em exame pericial novo¹⁶⁷. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça vem aceitando, nesses casos, a ação rescisória, entendendo que o exame de DNA enquadra-se no conceito de documento novo¹⁶⁸. Para essa hipótese, há quem defenda, *de lege ferenda*, a modificação do modo de contagem do prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, “para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda”¹⁶⁹.

Barbosa Moreira, examinando a questão, demonstra que essas manifestações jurisprudenciais evidenciam uma tentativa de dar interpretação mais elástica à que se costumava dar ao inciso VI do art. 485 do CPC:

“O Código de Processo Civil contempla, como fundamento do pedido de rescisão, a obtenção, posterior à sentença, de documento novo, ‘cuja existência [o autor] ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável’ (art. 485, nº VII). Tem-se interpretado esse dispositivo como referente a documento *que já existia* quando da sentença rescindenda. Assim nos pronunciamos, ao comentar a norma, com o apoio de doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, no Brasil e em países cujos ordenamentos contêm disposições análogas. Tivemos o cuidado, todavia, de deixar expressa a ressalva ‘em princípio’: e em notas indicamos dois exemplos em que se abriu exceção à regra: um colhido em decisão do Superior Tribunal de Justiça (sentença penal absolutória superveniente ao primeiro processo), outro apontado na doutrina italiana e colhido na jurisprudência alemã (documento público formado

166. COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 256.

167. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, n. 4.2.8., p. 202; MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2004, p. 175.

168. STJ, 2ª S., REsp n. 300.084/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.04.2004, publicado no DJ de 06.09.2004, p. 161. No mesmo sentido: “CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO. 1. Como documento novo, deve-se entender aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pode fazer uso. Hipótese dos autos. 2. Deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de modificar o resultado da decisão rescindenda, favorecendo o autor da rescisória. 3. Esta Corte Superior já sedimentou o entendimento de que “O laudo do exame de DNA, mesmo realizado após a confirmação pelo juízo ad quem da sentença que julgou procedente a ação de investigação de paternidade, é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória (art. 485, VII, CPC). Precedente citado: REsp. 189.306-MG, DJ 25/8/2003.” (REsp 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2ª Seção, julgado em 28/4/2004). 4. Recurso Especial provido.” [STJ, 4ª T., REsp 653.942/MG, rel. Min. Houdilo Amaral de Mello Castro (Des. Conv. do TJ/AP), j. 15.9.2009. DJe 28.9.2009].

169. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 2005, n. 377, p. 56-57. Assim, também, MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, cit., p. 176.

posteriormente, comprobatório de fato alegado no primeiro feito, nomeadamente certidão de nascimento capaz de provar, *a posteriori*, adultério não reconhecido no processo de divórcio). Pois bem: o STJ vem admitindo a idoneidade do laudo de exame de DNA, obtido depois de findo o pleito de investigação de paternidade, para lastrear ação rescisória com invocação de ‘documento novo’. Não é demais pôr em relevo que o Tribunal de modo algum declarou ‘nula’ a sentença rescindenda, nem inventou novo meio de provocar o reexame da matéria. Limitou-se a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de ‘documento novo’. Soube conciliar e faz jus, por isso, a todos os louvores uma alegada exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo”.¹⁷⁰

No caso de aposentadorias rurais, o conceito de documento novo deve ser alargado, admitindo-se a prova documental que, mesmo existente quando ainda em curso o processo originário e ainda que acessível ao trabalhador rural e dele conhecida, pode ser utilizada para ajuizamento da ação rescisória, que, nesse caso, deve ser admitida e, até mesmo, acolhida.¹⁷¹

Transitada em julgado sentença condenatória de reparação civil, a superveniente sentença penal absolutória não se enquadra no conceito de documento novo. É que, como se viu, o documento novo a que se refere o art. 485, VII, do CPC caracteriza-se por ser documento antigo, existente ao tempo da demanda originária, mas somente conhecido ou acessível à parte após o momento próprio para ali produzi-lo. Enfim, o documento novo não é aquele constituído após o trânsito em julgado. O adjetivo *novo* diz respeito ao conhecimento e ao acesso da parte ao documento. A situação é mesma na hipótese inversa: julgado improcedente o pedido na ação civil, sobrevém, após seu trânsito em julgado, sentença penal condenatória. Esta, de igual modo, não se encaixa no conceito de documento novo, descabendo a ação rescisória fundada no art. 485, VII, do CPC.¹⁷²

7.11. Houver motivo para invalidar confissão, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ou transação em que se baseou a sentença

Dispõe o inciso VIII do art. 485 do CPC que cabe a ação rescisória, quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença.

170. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, cit., p. 56-57.

171. STJ, 3ª S., AR n. 1.427/MS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 08.09.2004, publicado no *DJ* de 11.10.2004, p. 231; STJ, 3ª S., AR n. 789/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 28.04.2004, publicado no *DJ* de 01.07.2004, p. 168; STJ, 3ª S., AR n. 1.135/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 28.04.2004, publicado no *DJ* de 01.07.2004, p. 169.

172. STJ, 3ª T., AgRg na MC 8.310/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.08.2004, publicado no *DJ* de 25.10.2004, p. 333.

Sabe-se que a desistência da ação dá azo à extinção do processo sem julgamento do mérito, de sorte que se permite ao autor intentar novamente a demanda (CPC, art. 268), não havendo, na espécie, coisa julgada material. Na verdade, o interesse de agir na ação rescisória está presente, quando não for possível repropor a demanda ou quando se tornar indiscutível ou imutável a sentença. No caso da desistência, não há empecilho a que o autor proponha, novamente, a demanda, devendo, apenas, dirigi-la ao mesmo juízo que homologou a desistência, ainda que a demanda seja ajuizada em litisconsórcio ativo (CPC, art. 253, II).

Ao que parece, o legislador, ao referir-se no art. 485, VIII, do CPC à desistência da ação, quis mencionar a *renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação*, essa sim motivo de extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269, V). A propósito, assim leciona Bernardo Pimentel Souza:

“O termo ‘desistência’ deve ser entendido como renúncia. É que, à luz do artigo 269, inciso V, há extinção do processo com julgamento do mérito ‘quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação’. Ao revés, mera desistência da ação conduz apenas à extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme o disposto no artigo 267, inciso VIII. Por tal razão, o autor pode ajuizar outra ação, nos termos do artigo 268. Dai a explicação para a inadmissibilidade de ação rescisória que objetiva a desconstituição de julgado que extinguiu o processo com base em desistência da ação”.¹⁷³

A confusão terminológica se deu por uma reprodução de termos contidos no Código de Processo Civil de Portugal de 1939. No direito português, havia a “desistência do pedido” e a “desistência da instância”. A “desistência do pedido” equivalia ao que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 denomina de “*renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação*”. enquanto a “desistência da instância” correspondia à “*desistência da ação*” do CPC/1973 brasileiro. Daí o equívoco terminológico do atual CPC brasileiro, ao copiar a redação do antigo Código lusitano¹⁷⁴.

Em razão disso, deve-se encarar o termo *desistência* contido no art. 485, VIII, do CPC como sendo *renúncia*.

Quanto à confissão, cumpre reportar-se ao disposto no art. 352 do CPC: se ainda pendente o processo em que foi feita, cabe ação anulatória. Se, todavia, já transitada em julgado a sentença, o que cabe é a ação rescisória. Logo, no caso da confissão, somente cabe a ação rescisória, se já transitada em julgado a sentença nela fundada. Caso o processo ainda esteja pendente, a confissão poderá ser atacada por ação anulatória. No particular, não é demais advertir que, de acordo com o art. 214 do Código Civil, a confissão é irrevogável, somente podendo ser anulada por coação ou erro de fato. Significa que não é possível anular a confissão

173. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 749; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.480.

174. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 127.

por erro de direito, ou seja, o simples engano da parte na qualificação jurídica atribuída ao fato não invalida a confissão. Ademais, não se admite a anulação da confissão dada dolosamente, ou seja, o dolo não constitui motivo para se anular a confissão, justamente por ser irrelevante para a confissão, o que importa é o fato confessado¹⁷⁵.

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, o inciso VIII do art. 485 do CPC deve ser interpretado extensivamente, admitindo-se a rescisão do julgado por todo e qualquer motivo para invalidar a confissão¹⁷⁶. Essa é também a opinião de Flávio Luiz Yarshell¹⁷⁷. Bernardo Pimentel Souza concorda que as hipóteses de anulação da confissão são exemplificativas, e não taxativas, lembrando que, obtida, por exemplo, confissão do advogado sem poderes especiais para tanto (CPC, art. 38), é inválida, podendo ser anulada, a confissão¹⁷⁸.

Na verdade, a ação anulatória proposta antes do trânsito em julgado tem causa de pedir restrita, somente cabendo em casos de erro de fato e de coação. Conjugando o art. 352 do CPC com o art. 214 do Código Civil, pode-se concluir que a ação anulatória somente se revela cabível se tiver havido vício de vontade da parte que confessou. Em outras palavras, a anulatória, fundada no inciso I do art. 352, apenas é cabível se tiver havido erro de fato ou coação.

Quanto à ação rescisória prevista no inciso VIII do art. 485 do CPC, não há qualquer restrição, visto que o dispositivo estabelece caber a ação rescisória quando “houver fundamento para invalidar”, ou seja, quando houver *qualquer* fundamento para invalidar¹⁷⁹.

Quando o inciso VIII do art. 485 do CPC alude a *confissão* está igualmente a referir-se ao *reconhecimento da procedência do pedido*, de sorte que, havendo motivo para invalidar um reconhecimento, será cabível a ação rescisória¹⁸⁰. Logo, cabe a rescisória, quando houver motivo para invalidar a *confissão*, a *renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação* e, ainda, o *reconhecimento da procedência do pedido*.

Há uma explicação histórica que legitima essa interpretação extensiva. O CPC-73 importou essa regra do CPC Português de 1939.

Ao falar de “confissão”, não tinha em vista o Código luso, aí, o meio de prova designado, com propriedade, por esse *nomen iuris*, e disciplinado nos arts. 560 e

175. DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 5.5, p. 49.

176. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. V, n. 83, p. 128.

177. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, cit., p. 335.

178. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 748.

179. MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 335.

180. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 142.

seguintes. O instituto a que aludiam tanto o art. 306 quanto o art. 771, 4º, era na verdade o do reconhecimento do pedido autor, contemplado nos arts. 292 e seguintes, sob a denominação *imprópria* de “confissão”, como causa de extinção da instância.¹⁸¹

Ainda nos termos do inciso VIII do art. 485 do CPC, a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida, quando houver fundamento para invalidar transação em que se baseou a sentença. Por sua vez, o art. 486 do CPC estabelece que os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos (leia-se: *invalidados*), como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Cumpra, desde logo, advertir que a referência, no art. 486 do CPC, a “*sentença meramente homologatória*” corresponde igualmente a “*sentença homologatória*”. O termo poderia gerar a falsa impressão de que, a par da sentença “homologatória”, existisse a “meramente homologatória”. Não há dois tipos diversos de sentenças homologatórias. Qualquer sentença homologatória encarta-se na previsão contida no art. 486 do CPC. Com efeito, “não soam convincentes as tentativas de diferenciar com nitidez, de um lado, sentenças meramente homologatórias e, de outro, sentenças homologatórias que não o sejam ‘meramente’”. Para nós, a sentença é homologatória quando se limita a imprimir a ato não oriundo do órgão judicial força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse – isto é, a equiparar um ao outro, sem nada acrescentar à substância do primeiro. O advérbio ‘meramente’ não visa a caracterizar uma subespécie de sentenças homologatórias, mas apenas a enfatizar que é dessa espécie que se trata, e não de sentenças que não se restrinjam a homologar; simples realce do adjetivo, nada mais”.¹⁸²

A sentença que extingue o processo com resolução do mérito pela transação é uma sentença meramente homologatória (CPC, art. 269, III).

A jurisdição e o processo têm na existência de um conflito de interesses *resistido* o móvel que os impulsiona. Enquanto houver a *resistência*, mantém-se a necessidade de se obter uma prestação jurisdicional. Quando duas pessoas despertam interesse sobre o mesmo bem, surge o conflito de interesses. A recalcitrância ou a resistência de ambas as partes impede que haja uma solução, a não ser por via judicial, justamente por ser vedado, via de regra, o exercício da autotutela. A *resistência* poderá deixar de existir em virtude de solução *bilateral*, verificada na hipótese de haver uma *transação* ou um *acordo* entre as partes. A cessação da resistência afasta a necessidade da prestação jurisdicional. Para que haja transação, é preciso, contudo, que se verifiquem concessões mútuas. Vale dizer que

181. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 141.

182. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 142.

descharacteriza a transação a abdicação, a renúncia unilateral ou a concessão feita por apenas uma das partes.

Nessa hipótese, haverá extinção do processo com resolução do mérito, aserconcretizada por meio de uma sentença homologatória (CPC, art. 269, III), porquanto o juiz nada decide; são as próprias partes que põem cobro ao litígio. O processo de execução pode extinguir-se, igualmente, pela transação (CPC, art. 794, I).

Enfim, sendo a sentença meramente homologatória, e havendo motivo para anular a transação, surge a polêmica: cabe a ação rescisória (CPC, art. 485, VIII) ou a ação anulatória (CPC, art. 486)?

Uma primeira solução propõe uma diferenciação entre a sentença que homologa a transação e a sentença que se baseia em uma transação. O inciso VIII do art. 485 do CPC dispõe caber a ação rescisória, quando houver fundamento para invalidar transação em que *se baseou* a sentença. Nesse caso, se o juiz realmente julgou a lide, acolhendo ou rejeitando o pedido, com *fundamento* numa transação celebrada pelas partes, caberia, então, a ação rescisória. Se a sentença do juiz restringiu-se, por outro lado, apenas a homologar a transação, caberia, desse modo, a ação anulatória do art. 486 do CPC. Nessa última hipótese, o juiz não decidiu nada; a eliminação do conflito resultou de transação celebrada entre as partes. O que se objetiva, portanto, é anular a transação, e não a sentença, que, no particular, é meramente homologatória. Dessa maneira, a distinção entre a ação rescisória e a anulatória, no tocante à rescisão ou anulação da transação, estaria em perquirir se o juiz, na sentença, julgou o caso com base em transação celebrada entre as partes, ou se ele cingiu-se a homologar a transação, tendo as partes, elas mesmas, ao celebrá-la, encerrado o litígio. Em suma, “se a sentença é meramente homologatória, a ação cabível é a anulatória, não a rescisória. Se, porém, a sentença adota o ato de vontade das partes como fundamento, aí o caso é de rescisão”¹⁸³. Esse, aliás, já foi o entendimento de Thereza Alvim¹⁸⁴.

Nesse sentido, a ação rescisória seria destinada a desconstituir sentença de mérito, que acolhesse ou rejeitasse o pedido, baseada em transação celebrada pelas partes. Se o processo fôsse, todavia, extinto por transação, vindo o juiz apenas a homologá-la, aí sim caberia a ação anulatória. Na primeira hipótese, a sentença enquadra-se no inciso I do art. 269 do CPC, cabendo a ação rescisória. Na segunda hipótese, a sentença encarta-se no inciso III do art. 269 do CPC, sendo caso de ação anulatória. Assim sendo, a ação anulatória caberia para desconstituir a transação.

183. VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa julgada e ação anulatória*. Curitiba: Juruá, 2004, n. 6.4.8, p. 157.

184. ALVIM, Thereza. “Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1985, n. 39, p. 14.

Desponta, ainda, o entendimento que sustenta ser cabível a ação rescisória, quando o juiz, ao homologar a transação, fizer considerações acerca do mérito da demanda, sendo, por outro lado, cabível a ação anulatória, quando o juiz se restringe a homologar a transação, sem tecer qualquer consideração quanto ao litígio. Na primeira hipótese, a sentença seria homologatória, sendo *meramente* homologatória, na segunda hipótese. Daí por que, no primeiro caso, cabível a rescisória e, no segundo, a anulatória¹⁸⁵.

Nenhum desses, porém, é o posicionamento aqui defendido. O critério distintivo é a existência de coisa julgada material: se houver, rescisória; se não, anulatória. Cabe a ação rescisória contra a sentença homologatória de transação após o trânsito em julgado. Enquanto não transitada em julgado a sentença, a transação deve ser desconstituída pela ação anulatória. Aplicar-se-ia, *mutatis mutandis*, o disposto no art. 352 do CPC à transação¹⁸⁶.

Ocorre, ainda, que, simplesmente anulada a transação, o litígio ficaria sem solução. Restaria desfeita a transação e, de resto, a sentença que a homologou, retornando as partes ao *statu quo ante*: o processo originário ficaria sem sentença, não estando encerrado; ficaria “em aberto”. Bem por isso, Thereza Alvim reviu seu posicionamento, passando a entender que cabe a ação rescisória, pois é preciso que, depois de rescindida a sentença (ou a transação), seja julgada a lide, para compor o litígio ou resolver o conflito havido entre as partes. Assim esclarece Thereza Alvim a mudança de seu entendimento:

“Como já foi explicitado, a sentença proferida havendo reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia do direito sobre o qual se fundamenta a ação, não julga propriamente o mérito. Esta, contudo, elencada como decisão de mérito (art. 269, CPC), podendo, se for o caso, ser objeto de ação rescisória.”

Realmente, nunca poderia uma sentença que põe fim ao processo, ante o reconhecimento jurídico do pedido, por exemplo, ser objeto de ação anulatória, desde que nessa se dê, exclusivamente, a anulação do conteúdo da decisão, não sendo proferida nova decisão. As sentenças ou acórdãos, elencados como sendo de mérito pelo art. 269 do CPC podem ser eliminados do universo jurídico através da ação rescisória pela razão de esta apresentar pretensões cumuladas: a rescindente e a rescisória. A primeira corresponde a rescisão do julgamento anterior e à segunda, um novo.

O mesmo acontece com a sentença ou acórdão homologatório da transação. Se, por qualquer vício no ato jurídico puder ser ela eliminada, só pode sê-lo por

185. MAGRI, Berenice Soubbie Nogueira. *Ação anulatória: art. 486 do CPC*. São Paulo: RT, 1999, p. 184.

186. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*, cit., p. 90; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 144-145.

meio da ação rescisória, ante a necessidade de novo julgamento, que substitua o rescindido e a competência do mesmo órgão para proferi-lo.

As sentenças homologatórias, referidas no art. 486 do CPC, não são aquelas que se encontram no art. 269 do mesmo diploma legal, mas as que não serão alcançadas pela coisa julgada material; são as que se sujeitam, apenas, à preclusão máxima (coisa julgada formal). O art. 486 do CPC refere-se a atos judicial que independem de sentença ou em que esta for meramente homologatória.

Quanto aos atos judiciais que independem de sentença, têm-se como exemplo a arrematação e a adjudicação. Sua invalidade deve ser postulada por ação anulatória, e não por ação rescisória, eis que tanto a arrematação como a adjudicação não dependem de sentença; o que se invalida, portanto, é o negócio jurídico, por meio do qual houve a transferência do domínio do bem que fora penhorado.

A doutrina tradicional entende que as sentenças homologatórias a que alude o art. 486 do CPC são aquelas proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária. Não é esse, contudo, o entendimento aqui defendido. A sentença nos procedimentos de jurisdição voluntária, tal como demonstrado no vol. 1 deste *Curso*, produz coisa julgada material, até em razão do que dispõe o art. 1.111 do CPC, encartando-se, portanto, no elenco do art. 269 do CPC. Das sentenças homologatórias em procedimentos de jurisdição voluntária cabe ação rescisória, e não anulatória, caso haja algum vício de vontade que lhe enseje a invalidade.

Enfim, se a sentença homologatória encarta-se em uma das hipóteses do art. 269 do CPC, haverá coisa julgada material, sendo cabível, portanto, a ação rescisória. Caso, entretanto, a sentença não se enquadre em uma das hipóteses do art. 269 do CPC, não haverá coisa julgada material, sendo cabível, então, a ação anulatória a que alude o art. 486 do CPC.¹⁸⁷

7.12. Erro de fato

Cabe ação rescisória se a decisão rescindenda estiver baseada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (CPC, art. 485, IX). Para que se configure o *erro de fato*, é preciso existir a conjugação de vários pressupostos, de acordo com a sistematização de Barbosa Moreira¹⁸⁸:

187. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nullidades do processo e da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 346-347.

188. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 148-149.

a) Que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário “que a sentença esteja baseada em erro de fato”¹⁸⁹; ou seja, “o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença”¹⁹⁰; “é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do *decisum* rescindendo”¹⁹¹;

b) Que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;¹⁹²

c) Que “*não tenha havido controvérsia*” sobre o fato (CPC, art. 485, § 2º);

d) Que sobre o erro de fato *não* tenha havido “*pronunciamento judicial*” (CPC, art. 485, § 2º). Em outras palavras, o juiz, no erro de fato, *supõe* ou *imagina* que um fato existiu, quando, na verdade, nunca ocorreu ou vice-versa. O juiz, no erro de fato, não se pronuncia sobre o fato; *supõe* ou *imagina* tenha o existido o fato inexistente ou vice-versa¹⁹³.

A inexistência de controvérsia (“c”) pode ser concebida em três hipóteses, segundo a sistematização de Barbosa Moreira¹⁹⁴: se o fato não foi alegado por nenhuma das partes; se uma admitiu expressamente a alegação da outra; ou se uma parte simplesmente se absteve de contestar a alegação da outra. “Na primeira hipótese (fato não alegado), o motivo de rescindibilidade só pode configurar-se, é claro, se se tratava de fato que o órgão judicial era lícito levar em conta *ex officio*”¹⁹⁵; logo, fato subtraído ao princípio dispositivo, e que, nada obstante não aportado ao processo, pudesse ser conhecido de ofício pelo juiz. A segunda hipótese (fato admitido) – continua Barbosa Moreira¹⁹⁶ – compreende duas possibilidades: ou as partes concordaram quanto à *existência* do fato, e o juiz, em sentença, ainda assim o supôs *inexistente*, ou, ao revés, as partes concordaram com a *inexistência* do fato e o juiz o supôs *existente*. Adverte Barbosa Moreira:

189. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 704.

190. THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 646.

191. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 753.

192. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3 ed. cit., p. 704; THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 25 ed. v. 1. cit., p. 646; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. cit., p. 752.

193. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, n. 67, p. 115.

194. *Comentários ao código de processo civil*. 12 ed. cit., p. 149.

195. *Comentários ao código de processo civil*, 12 ed. cit., p. 149.

196. *Comentários ao código de processo civil*, 12 ed. cit., 2003, p. 150.

“Escapa ao âmbito de incidência do inciso IX o caso de confissão falsa, que pode fundamentar a rescisão *ex vi* do inciso VI”¹⁹⁷. Terceira e última hipótese é quando o fato não é contestado – isto é, não é impugnado –, mas, mesmo assim, por análise dos autos, é verificável sua inexistência. O juiz, no entanto, o supõe ocorrido e na verdade não o era.

Na verdade, a configuração do erro de fato denota a existência de uma sentença injusta, que deve, então, ser rescindida. Realmente, para que a sentença seja justa, faz-se necessário que aprecie ou suponha corretamente os fatos, “*pois, caso contrário emprestará consequências jurídicas que não ocorreram, pois deu como existentes fatos que não se verificaram, ou, em outras palavras, aplicará uma lei que não incidiu, tendo havido erro de fato*”¹⁹⁸.

Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz.

Em suma, “dá-se o erro de fato quando a decisão for fundada na suposição de um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie dos autos ou de documentos da causa (art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do Código)”¹⁹⁹.

O erro deve ser de *fato*, não permitindo a ação rescisória o erro de direito. A suposta injustiça da decisão, bem por isso, não dá azo ao ajuizamento nem ao acolhimento da ação rescisória.

Eis alguns *exemplos* de erro de fato, divulgados por Sérgio Rizzi:

“...em ação de cobrança, em que o autor reclama crédito originário de contrato assinado e não cumprido pelo réu; na contestação, o réu limita-se a dizer que cumpra o contrato, mas, silencia quanto ao fato de que, à época da celebração do negócio, era absolutamente incapaz (art. 5º, I, Código Civil); provada a menoridade, o juiz julga procedente a ação, sob o fundamento de que o contrato não fora cumprido.

(...)

Tomemos o exemplo ministrado por João Carlos de Pestana Aguiar: ‘a loja de um edifício que, por integrar, como unidade autônoma, o conjunto arquitetônico do edifício

197. *Comentários ao código de processo civil*, 12 ed. cit., p. 150.

198. ARRUDA ALVIM, José Manoel. “Sentença no processo civil. As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976, n. 2, § 15, p. 71.

199. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. cit., p. 118.

composto de unidades residenciais e comerciais, deve responder por certa participação no rateio das despesas comuns. A integração da loja ao conjunto arquitetônico é fato que não pode ser objeto de controvérsia, daí resultando no dever de participação. Só caberá a seu dono pleitear em ação própria uma justa proporcionalidade na contribuição das despesas ante a utilização direta ou indireta das partes comuns.

(...)

...: o autor reclamou do réu o pagamento das quatro primeiras parcelas – de um total de cinco – previstas em contrato de mútuo de pequeno valor. Em contestação, o réu alegou haver pago a quinta e última parcela, em razão do que, se estabeleceu presunção de estarem solvidas as anteriores (art. 943 do Código Civil). Durante a instrução, o autor confessou haver recebido e quitado, sem ressalva, a quinta e última parcela, mas, deixou de realizar provas ('até prova em contrário') de não estarem solvidas as anteriores. Assim, não afastou a presunção decorrente do art. 943 do Código Civil.

O juiz julgou procedente a ação, sob o fundamento de que o réu não provara o pagamento das quatro parcelas cobradas, sem se manifestar, contudo, sobre o fato confessado do pagamento da última parcela do contrato.

Não resta dúvida, pelo teor da conclusão, de que, no exemplo em causa, o juiz não supôs como existente um fato que efetivamente ocorreu (quitação sem ressalva da última parcela), e, como consequência direta da inexistência da suposição adequada, acabou por concluir que o ônus da prova era de permanecer atribuído ao réu, não sujeitando, como convinha, a hipótese ao art. 943 do Código Civil”.²⁰⁰

Cumpre, finalmente, voltar-se para o exemplo cunhado por José Carlos Barbosa Moreira:

“Imaginemos o caso de ação redibitória em que o autor incluía no pedido certa importância a título de perdas e danos, alegando que o réu conhecia o vício oculto da coisa alienada (Código Civil, art. 443, 1ª parte); na contestação, silenciando sobre este último ponto, limita-se o réu a negar que o defeito apontado torne a coisa imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminua o valor. Provado o vício redibitório, o juiz acolhe *intotum* o pedido. Entretanto, as peças dos autos permitem a verificação de que, nas circunstâncias do episódio, era inteiramente impossível que o réu conhecesse o vício. O fato do conhecimento, não contestado, e suposto existente, na verdade não o era. A sentença é rescindível na parte em que condenou o réu ao pagamento de perdas e danos”.²⁰¹

8. PROCEDIMENTO

8.1. Consideração introdutória

A ação rescisória é proposta mediante petição inicial, contendo os requisitos do art. 282 do CPC, além daqueles contidos no art. 488 do mesmo diploma processual. Deve haver, se for o caso, a cumulação do juízo rescindente com o

200. *Ação rescisória*, cit., p. 123-124.

201. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 150.

rescisório, como se demonstrará em item abaixo. Ademais, deve haver o depósito do equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, tal como será igualmente explicitado.

A petição inicial da ação rescisória será indeferida nos casos previstos no art. 295 do CPC ou quando não efetuado o depósito exigido pelo art. 488, II, do mesmo diploma. Antes do indeferimento, deve o relator determinar a intimação do autor para que corrija o defeito.

A petição inicial da ação rescisória, seguindo a regra geral, deve ser subscrita por advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB. Desse modo, além dos documentos indispensáveis à propositura da ação, a petição inicial deve vir acompanhada da procuração que habilita o advogado a procurar em juízo em nome do autor da rescisória. Uma procuração contendo poderes gerais para o foro seria suficiente ou, até mesmo, a cópia de uma procuração já outorgada pela parte ao advogado também seria suficiente. O STF exige, contudo, que a procuração seja originária, não admitindo cópia da procuração utilizada no processo onde proferida a sentença rescindenda. De igual modo, o STF exige que haja, na procuração, poderes específicos para o ajuizamento da ação rescisória, o que desborda da previsão contida no art. 38 do CPC.²⁰²

Estando em ordem a petição inicial, o relator irá determinar a citação do réu para responder aos termos da demanda.

8.2. Petição inicial e depósito obrigatório

A ação rescisória, como qualquer outra demanda, é intentada por meio de uma petição inicial, que deve estar acompanhada dos documentos indispensáveis à sua propositura (CPC, art. 283).

Dentre tais documentos, destacam-se a *cópia da decisão rescindenda* e a *certidão de seu trânsito em julgado*. A ausência de alguma dessas cópias acarreta a inadmissibilidade da demanda, sendo imprescindível, contudo, que o relator,

202. Entre outros, confira-se o teor da ementa do seguinte precedente: “EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUNTADA DE CÓPIA AUTENTICADA DE PROCURAÇÃO DA AÇÃO ORIGINÁRIA. INADMISSIBILIDADE. AÇÕES AUTÔNOMAS. NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS. 1. A ação rescisória, por se tratar de demanda de caráter excepcional (uma vez que tem por escopo a desconstituição de decisão já acobertada pelo manto da coisa julgada), há de ser postulada por representante processual devidamente amparado por mandato judicial que lhe confira poderes específicos para tanto. 2. Em se tratando de ação autônoma, o mandato originário não se estende à proposição de ação rescisória. Os efeitos das procurações outorgadas se esaxurem com o encerramento definitivo daquele processo. 3. Exigência que não constitui formalismo extremo, mas cautela que, além de condizente com a natureza especial e autônoma da ação rescisória, visa resguardar os interesses dos próprios autores. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (STF-Pleno, AR 2.196 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.6.2010, *DJe-164* divulg. 2.9.2010 public 3.9.2010).

antes de indeferir a petição inicial ou de extinguir o processo sem resolução do mérito, determine a intimação da parte autora para que a emende, fazendo juntar aos autos a cópia ausente (CPC, art. 284). É relevante acentuar, ainda, que, nos termos do art. 365, IV, do CPC, fazem a mesma prova que os originais as cópias reprográficas de peças processuais declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade, se não lhes for impugnada a autenticidade.

O enunciado nº 299 da Súmula do TST, em seu inciso I, confirma a exigência, estabelecendo que “é indispensável ao processamento da ação rescisória a prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda”. E, nos termos de seu inciso II, “verificando o relator que a parte interessada não juntou à inicial o documento comprobatório, abrirá prazo de 10 (dez) dias para que o faça, sob pena de indeferimento”. Como se percebe, tal documento é indispensável à propositura da ação rescisória, sendo aplicável o disposto no art. 284 do CPC, a permitir a emenda da petição inicial na hipótese de não ter sido juntada a certidão do trânsito em julgado. O inciso III daquele enunciado sumular afirma que “a comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda é pressuposto processual indispensável ao tempo do ajuizamento da ação rescisória. Eventual trânsito em julgado posterior ao ajuizamento da ação rescisória não reabilita a ação proposta, na medida em que o ordenamento jurídico não contempla a ação rescisória preventiva”. O entendimento, manifestado nesse inciso III, não se revela adequado à economia processual, nem ao disposto no art. 462 do CPC, aplicável, segundo o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, às hipóteses em que os fatos supervenientes corrigem vícios ou equívocos existentes no momento da propositura da demanda. Tal entendimento, compendiado no inciso III, é contraditório com a orientação revelada no inciso IV (“O pretenso vício de intimação, posterior à decisão que se pretende rescindir, se efetivamente ocorrido, não permite a formação da coisa julgada material. Assim, a ação rescisória deve ser julgada extinta, sem julgamento do mérito, por carência de ação, por inexistir decisão transitada em julgado a ser rescindida”). O inciso IV considera a possibilidade de haver carência superveniente de ação, o que se justifica pela aplicação do art. 462 do CPC, mas o inciso III não admite a correção de vícios na propositura por fatos supervenientes, o que se revela contraditório.

Segundo a Orientação Jurisprudencial n. 84 da SBDI-2, do TST, se a decisão rescindenda ou a certidão de seu trânsito em julgado não estiver autenticada, deve-se extinguir, de pronto, a ação rescisória, por faltar peça essencial à constituição válida e regular do processo²⁰³. Note que essa orientação jurisprudencial também

203. “AÇÃO RESCISÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DA DECISÃO RESCINDENDA E/OU DA CERTIDÃO DE SEU TRÂNSITO EM JULGADO DEVIDAMENTE AUTENTICADAS. PEÇAS ESSENCIAIS PARA A CONSTITUIÇÃO VÁLIDA E REGULAR DO FEITO. ARGUIÇÃO DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. A decisão rescindenda e/ou a certidão do seu trânsito em julgado, devidamente autenticadas, à exceção de cópias reprográficas apresentadas por pessoa jurídica de direito público, a teor de art. 24 da Lei n.º 10.522/02, são peças essenciais para o julgamento da ação rescisória. Em fase recursal verificada a ausência de qualquer delas, cumpre o relator do recurso ordinário arguir, de ofício, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo.”

se aplica ao recurso na ação rescisória (no processo do trabalho, o TST pode julgar ação rescisória em grau de recurso ordinário).

Tal entendimento não se coaduna com a sistemática processual moderna. É lamentável que ainda haja entendimento nesse sentido.

Diferentemente do que sucedia em épocas mais recuadas da história, quando a forma era considerada constitutiva do ato jurídico, no direito moderno a forma é tida como requisito extrínseco à substantividade própria do ato²⁰⁴, sendo considerada, apenas, como o modo de expressão da vontade²⁰⁵. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nos tempos atuais, não há formalismo por formalismo, somente sendo lícito pensar em forma, na medida em que ela se prestar a controlar o arbítrio para alcançar as finalidades do processo em tempo razoável, colaborando para a justiça da decisão²⁰⁶.

Nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, lançadas em precedente do Superior Tribunal de Justiça, “o processo contemporâneo, calcado na instrumentalidade e na efetividade, instrumento de realização do justo, não deve abrigar pretensões de manifesto formalismo”²⁰⁷. Ou, como anotado em outro precedente, “nos tempos atuais, não mais se justifica o apego à forma, em detrimento da efetividade processual, especialmente quando ausente prejuízo. Com efeito, sempre que possível, observadas as garantias do devido processo legal, deve-se buscar a efetividade processual, evitando-se que o processo seja um fim em si mesmo”²⁰⁸.

A autenticação serve para demonstrar que a cópia corresponde com o original, atestando sua autenticidade. Ora, se a cópia é extraída dos autos originais e declarada autêntica pelo próprio advogado, não havendo impugnação da parte contrária e sendo evidente que corresponde com o original, não há razão para não admitir a ação rescisória. Não aceitar a rescisória, por falta de uma autenticação, equivale a exigir a forma pela forma, sem se preocupar com a finalidade a ser atingida, que identifica o chamado formalismo valorativo: a forma existe para atender a um valor ou para atingir uma finalidade; atendido o valor ou alcançada a finalidade, deve ser aceita a forma utilizada. Ainda que fosse, realmente, necessária a autenticação, dever-se-ia entender que caberia ao

204. ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 146.

205. ALSINA, Hugo. *Las nulidades en el proceso civil: concepto y función de las formas procesales*. Lima: ARA Editores, 2006, § 1º, p. 11.

206. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, n. 5, p. 61-62.

207. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 178.342/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20/8/1998, DJ de 3/11/1998, p. 168.

208. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 216.719/CE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16/9/2003, DJ de 19/12/2003, p. 468.

relator determinar a intimação do autor para que emendasse a petição inicial, providenciando a autenticação da cópia.

Mas não é só. Conforme apontado, o precedente se aplica também na fase recursal, ignorando, completamente, a regra do § 4º do art. 515 do CPC, já examinada, aqui aplicável por analogia, segundo a qual o tribunal, constatando a existência de defeitos processuais, deve determinar a correção dos vícios no próprio procedimento recursal, e não extingui-lo sem exame do mérito.

De todo modo, é certo que a ação rescisória deve ser intentada por meio de uma petição inicial.

Além de atender aos requisitos do art. 282 do CPC, a petição inicial da ação rescisória deve, igualmente, observar as exigências contidas no art. 488 daquele mesmo diploma processual, ou seja, deve o autor: I) **cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa** e II) **depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.**

A falta do depósito exigido pelo inciso II do art. 488 do CPC rende ensejo, inclusive, ao indeferimento da petição inicial (CPC, art. 490, II)²⁰⁹. Deve, todavia, haver, antes do indeferimento, oportunidade para que o autor da ação rescisória efetue ou complemente o depósito, aplicando-se o art. 284 do CPC²¹⁰.

Não se deve, contudo, exigir tal depósito da União, dos Estados e dos Municípios, consoante dispõe o parágrafo único do próprio art. 488 do CPC. Realmente, o parágrafo único do art. 488 do CPC estabelece que “**não se aplica o disposto no nº II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público**”. Esse benefício é estendido à Caixa Econômica Federal, que representa em juízo os interesses do FGTS, na forma do parágrafo único do art. 24-A da Lei Federal 9.028/1995, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35/2001: “Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciais, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os

209. (STJ, 1ª S., AgRg na AR n. 281/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 03.09.1991, publicado no *DJ* de 23.09.1991, p. 13.056).

210. “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EXTINÇÃO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 284 DO CPC. OPORTUNIDADE DE EMENDA. OBRIGATORIEDADE. Pacífico é o entendimento sobre obrigatoriedade de o juiz conceder ao autor prazo para que emende a inicial e, somente se não suprida a falha, é que poderá o juiz decretar a extinção do processo. Ademais, ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem intimar o autor, dando-lhe oportunidade para suprir a falha. Recurso provido”. (STJ, 5ª T., REsp n. 617.629/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 22/03/2005, publicado no *DJ* de 18.04.2005, p. 372).

processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS –, seja no polo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele”.

Embora o dispositivo aluda, apenas, a entes públicos, que compreendem o conceito de Fazenda Pública, é curial que a isenção deve alcançar também os beneficiários da justiça gratuita²¹¹. Realmente, “este depósito é um requisito de procedibilidade da ação rescisória. E, sem este recolhimento, salvo os que estão isentos, como as Fazendas, Ministério Público e os que gozam do benefício da justiça gratuita, todos os outros terão a petição inicial indeferida”.²¹²

É certo que a redação original do art. 3º da Lei n. 1.060/1950 não contemplava tal depósito dentre as hipóteses de isenção conferidas ao beneficiário da justiça gratuita. Não obstante a falta de previsão no referido dispositivo, a doutrina já considerava que “o depósito é inexigível de quem faça jus ao benefício da justiça gratuita. Entender diversamente seria tolher aos necessitados o exercício da ação rescisória, com manifesta violação do art. 5º, XXXV, da Constituição da República. A garantia neste consagrada reduzir-se-ia a mero *flatus vocis* se se reputasse autorizado o legislador ordinário a estabelecer restrições que importem praticamente negá-la a uma classe de pessoas – e por motivos odiosos, a carência de recursos financeiros. Urge sepultar as concepções puramente formalísticas das normas constitucionais que tutelam direitos; a única interpretação correta é a que lhes assegure, tanto quanto possível, a efetividade *in concreto*. Nessa perspectiva, não há modo de salvar da pecha de inconstitucionalidade o dispositivo ora sob exame, senão limitando-lhe a incidência, nos termos acima sugeridos”.²¹³

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, aliado à garantia de justiça gratuita aos necessitados, dispensa o depósito para ajuizamento da ação rescisória aos beneficiários da justiça gratuita.

Na verdade, o art. 9º da Lei nº 1.060/1950 autoriza a isenção do beneficiário da justiça gratuita à efetivação do depósito exigido pelo inciso II do art. 488 do CPC, ao dispor que “os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”.

211. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 22.11, p. 780.

212. RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. “Da ação rescisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 26, p. 192. Assim, também, MARCACINI, Augusto Rosa Tavares, *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39-40; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo”. *Temas de Direito Processual – Quinta Série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 52.

213. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 164-165.

Aliás, “a jurisprudência do STJ é firme quanto à inaplicabilidade do inciso II ao beneficiário da justiça gratuita nos termos do art. 9º da Lei nº 1.060/50. Até como forma de evitar óbice ao acesso ao Judiciário garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF”²¹⁴.

A Lei Complementar n. 132/2009 acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 1.060/1950, isentando os beneficiários da justiça gratuita “dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”. Parece claro, assim, que o legislador confirmou o entendimento, aqui defendido, pela inexigibilidade do depósito obrigatório na ação rescisória proposta pelo beneficiário da justiça gratuita.

A Lei Federal n. 11.495/2007 alterou a redação do art. 836 da CLT, para impor a obrigatoriedade de depósito prévio para o ajuizamento da ação rescisória: “É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor”²¹⁵.

Perceba que o depósito deve ser no montante de 20% do valor da causa, e não de 5% como está determinado no CPC. Além disso, o novo dispositivo apenas

214. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.494.

215. O Plenário do TST, regulamentando o depósito prévio de 20% de que trata o art. 836 da CLT, editou a Instrução Normativa n. 31/2007, cujo teor está assim redigido: “Art. 1º O depósito prévio em ação rescisória de que trata o art. 836 da CLT, com redação dada pela Lei nº 11.495, de 22 de junho de 2007, deverá ser realizado na forma preconizada na Instrução Normativa nº 21 desta Corte, observando-se as seguintes peculiaridades quanto ao preenchimento da guia de acolhimento de depósito judicial: 1º I – nos campos relativos à identificação do processo deverão ser informados os dados do processo em que foi proferida a decisão rescindenda; 2º II – o campo “Tipo de Depósito” deverá ser preenchido com o número 1 (primeiro depósito), ainda que outros depósitos judiciais tenham sido efetuados no processo originário; 3º III – o campo “Motivo do Depósito” deverá ser preenchido com o número 4 (Outros). Art. 2º O valor da causa da ação rescisória que visa desconstituir decisão da fase de conhecimento corresponderá: 1º I – no caso de improcedência, ao valor dado à causa do processo originário ou aquele que for fixado pelo Juiz; 2º II – no caso de procedência, total ou parcial, ao respectivo valor arbitrado à condenação. Art. 3º O valor da causa da ação rescisória que visa desconstituir decisão da fase de execução corresponderá ao valor apurado em liquidação de sentença. Art. 4º O valor da causa da ação rescisória, quer objetive desconstituir decisão da fase de conhecimento ou decisão da fase de execução, será reajustado pela variação cumulada do INPC do IBGE até a data do seu ajuizamento. Art. 5º O valor depositado será revertido em favor do réu, a título de multa, caso o pedido deduzido na ação rescisória seja julgado improcedente. Art. 6º O depósito prévio não será exigido da massa falida e quando o autor perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declarar, sob as penas da lei, que não está em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Art. 7º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.”

dispensa de efetivar o depósito aqueles que se encontram em “miserabilidade jurídica” (o que inclui não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas que não conseguirem arcar com as despesas processuais sem o prejuízo de sua continuidade)²¹⁶. Parece, porém, que também as pessoas jurídicas de direito público e o Ministério Público permanecem dispensados do ônus do depósito prévio, aplicando-se, por analogia, o art. 488, par. ún., CPC e o art. 24-A da Lei Federal n. 9.028/1995, já citados.

Assim como ocorre no processo civil, o depósito reverterá ao réu em caso de improcedência ou inadmissibilidade da ação rescisória por unanimidade de votos, a despeito do silêncio da CLT.

Um questionamento que certamente surgirá é o seguinte: 20% de depósito prévio não é uma exigência que dificulta sobremaneira o acesso à justiça e, portanto, é inconstitucional? Não há inconstitucionalidade *a priori*: a exigência, em tese, não ofende a garantia do acesso à justiça. Imagine-se uma causa cujo valor é mil reais: duzentos reais não parecem ser um obstáculo intransponível ao acesso à justiça. Porém, em situações concretas, a exigência pode mostrar-se desproporcional e, assim, deve ser afastada. O TJ/BA já teve oportunidade de examinar um caso de uma ação rescisória cujo valor da causa era de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais). O depósito prévio, a ser feito de acordo com o percentual determinado pelo CPC, deveria ser de R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e meio de reais). A parte autora alegou, com razão, que isso ofenderia o acesso à justiça. Obteve êxito neste requerimento, com a redução do valor do depósito prévio (TJ/BA, AR n. 44.216-6/00). Essa parece ser a postura correta na aplicação da exigência do depósito prévio na ação rescisória (cinco ou vinte por cento, pouco importa): se, no caso concreto, a exigência mostrar-se descabida, deve ser diminuída ou eliminada. Vale a pena conferir o acórdão do STF na ADIN 223-6, em que ficou clara a possibilidade de uma restrição ser, em tese, constitucional e, no caso concreto, de acordo com as suas peculiaridades, revelar-se como despropositada (no caso, o STF decidiu que o legislador poderia limitar a concessão de tutela de urgência contra o Poder Público, mas que se, no caso concreto, essa limitação aniquilar o direito fundamental de acesso à justiça, ela deve ser afastada no controle difuso de constitucionalidade – sobre o tema, remete-se o leitor aos comentários feitos no capítulo sobre antecipação dos efeitos da tutela, no v. 2 deste *Curso*, em item dedicado exclusivamente à análise deste importante julgamento).

216. Sobre os beneficiário da justiça gratuita, mais longamente, DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 3 ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2005.

Finalmente, cumpre anotar que o enunciado n. 194 da súmula do TST não tem mais aplicação diante da nova redação do art. 836 da CLT: “As ações rescisórias ajuizadas na Justiça do Trabalho serão admitidas, instruídas e julgadas conforme os arts. 485 ‘usque’ 495 do Código de Processo Civil de 1973, sendo, porém, desnecessário o depósito prévio a que aludem os respectivos arts. 488, II, e 494”.

8.3. Valor da causa

Sendo a rescisória uma demanda, deve, como visto, ser proposta por meio de petição inicial, que contenha os requisitos previstos no art. 282 do CPC. Dentre tais requisitos, insere-se o valor da causa.

Doutrina e jurisprudência assentaram o entendimento, segundo o qual o valor da causa, nas ações rescisórias, equivale ao da ação originária²¹⁷. Vale dizer que o valor atribuído à causa para a ação rescisória corresponde ao valor da causa da ação originária, corrigido monetariamente²¹⁸. Em razão desse entendimento, seria inadmissível a pretensão de que, na ação rescisória, o valor da causa fosse igual ao encontrado para fins de liquidação de sentença²¹⁹.

Na verdade, o valor da causa constitui, em essência, o benefício perseguido pelo autor ou que poderá ser auferido por ele. Rescindida a sentença de mérito transitada em julgado, o benefício a ser auferido corresponde, em princípio, ao valor da causa da ação originária. Por isso, entende-se que: “o valor da causa nas rescisórias, via de regra, é o que foi atribuído à ação originária, monetariamente corrigido, devendo, contudo, ficar devidamente demonstrado, com exatidão, na impugnação, aquele que se reputa correto”²²⁰.

Poderá, contudo, a parte demandada, em impugnação ao valor da causa, demonstrar que o proveito econômico a ser auferido pelo autor supera tal montante. Nesse caso, o valor da causa da ação rescisória será superior ao valor da causa da ação originária. Daí entender o STJ que: “o valor da causa, em ação rescisória,

217. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1.493.

218. STJ, 3º T., REsp n. 8482/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.04.1991, publicado no DJ de 27.05.1991. Nesse mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR DA CAUSA. VALOR DA AÇÃO PRINCIPAL CORRIGIDO MONETARIAMENTE. I – Segundo a jurisprudência desta Corte, o valor atribuído à causa para a ação rescisória deve ser o valor da causa da ação principal, corrigido monetariamente. Precedentes: AGAnº 275.132/GO, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ de 14/08/2000; REsp nº 189.366/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 20/11/2000 e AR nº 568/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 17/12/1999. II – Agravo regimental improvido.” (STJ, 1ª T., AgRg no REsp n. 721.772/BA, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.06.2005, publicado no DJ de 05.09.2005, p. 283).

219. STJ, 1ª S., AR n. 568/SR, rel. Min. José Delgado, j. 10.11.1999, publicado no DJ de 17.12.1999, p. 312.

220. STJ, 3ª S., Pet n. 2.723/SE, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27.04.2005, publicado no DJ de 01.08.2005, p. 316.

deve, em princípio, guardar equivalência com o valor do benefício patrimonial a que visa, o qual não é, necessariamente, o mesmo da ação em que foi proferida a decisão rescindenda”²²¹.

Se a ação rescisória for proposta, quando já promovida a liquidação do julgado, em que se demonstra que o benefício a ser auferido pelo interessado é bem superior ao valor da causa da ação originária, deve, então, o valor da causa da ação rescisória ser equivalente ao montante liquidado, e não ao valor da causa da ação originária²²². Por isso mesmo, “se a ação rescisória tem por objeto acórdão proferido no processo de liquidação, a fixação do valor da causa pode ser diferente daquele atribuído à outra voltada contra julgado extraído de processo de conhecimento”²²³.

Convém apontar, ainda, a hipótese de a ação rescisória envolver apenas um ou alguns capítulos da decisão rescindenda. Nesse caso, o valor da ação rescisória corresponderá ao proveito econômico que se possa obter com a rescisão de apenas esse capítulo. Eis o exemplo de Barbosa Moreira: “Se se quer rescindir apenas a parte da sentença que, v.g., fixara os honorários de advogado abaixo do mínimo ou acima do máximo legal (...), o valor há de ser a diferença, para mais ou para menos, que se pleiteia na ação rescisória”²²⁴.

8.4. Prazo de defesa

O art. 491 do CPC não fixa o prazo para a defesa do réu na ação rescisória, atribuindo essa tarefa ao relator, mas estabelece *limites* dentro dos quais o prazo deverá ser estabelecido. Cabe ao relator determinar o prazo, entre o mínimo de quinze e o máximo de trinta dias. Para esses casos, em que o prazo é fixado pelo juiz, obedecidos os limites estabelecidos em lei, Cristina Ferraz defende ser um

221. STJ, 1ª T., REsp n. 718.473/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.10.2005, publicado no *DJ* de 07.11.2005, p. 119.

222. “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA. 1. Na ação rescisória, o valor dado à causa corresponde à importância a ser obtida pela procedência total dos pedidos formulados. Considera-se, para tanto, que a ação rescisória é autônoma, e pode ter por objeto a desconstituição do acórdão na sua integralidade ou apenas em parte. Demais disso, diante das circunstâncias jurídicas e econômicas da época da propositura da ação rescisória, aquele valor atribuído na ação originária pode não mais corresponder ao benefício patrimonial a ser auferido. 2. Se a propositura da ação rescindenda é posterior à liquidação da sentença condenatória, estabelece-se uma vinculação necessária entre o montante então apurado na liquidação e o valor da rescisória, por ser aquele o valor que reflete com exatidão o conteúdo econômico que se pretende obter com a modificação do julgado. 3. Embargos de divergência a que se nega provimento.” (STJ, 1ª S., EREsp n. 383.817/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24.08.2005, publicado no *DJ* de 12.09.2005, p. 196).

223. STJ, Corte Especial, EREsp n. 448.579/MA, rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.12.2004, publicado no *DJ* de 21.02.2005, p. 99.

224. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 102.

tipo diferente de prazo, a que atribui a denominação de *prazo misto*, assim denominado mercê da conjugação de determinações legais e judiciais. Embora o prazo seja fixado pelo juiz, há um limite estabelecido em lei. De fato, “o prazo misto resulta de uma combinação entre um prazo fixado pela lei, devendo haver uma complementação com um outro prazo assinado pelo juiz”²²⁵. Parece, contudo, que, nesses casos, o prazo deva ser enquadrado como espécie de *prazo judicial*, eis que, em última análise, sua fixação decorre de determinação judicial, e não de norma legal. Realmente, os prazos judiciais são “não apenas aqueles prazos não previstos pela lei, como, também, os que a lei expressamente indique o juiz como agente fixador”²²⁶.

A propósito, cumpre perquirir se o art. 188 do CPC aplica-se à ação rescisória, isto é, se a Fazenda Pública e o Ministério Público dispõem de prazo em quádruplo para responder a esse tipo de demanda. O art. 188 do CPC *não* se aplica aos prazos *judiciais*. O prazo fixado para o réu responder à ação rescisória é um prazo *judicial*, eis que estimado pelo relator. É bem verdade que há um limite mínimo e máximo, dentro do qual o prazo haverá de ser estabelecido, circunstância que, embora gere a denominação, por alguns doutrinadores, de prazo misto, não o descaracteriza como prazo judicial. Além do mais, o art. 491 do CPC impõe como *limite máximo* para apresentação de resposta na ação rescisória o prazo de trinta dias, não sendo compatível, portanto, com a regra a aplicação do cômputo em quádruplo previsto no art. 188 do CPC. Com efeito, “... o artigo 188 não pode ser estendido aos prazos judiciais, dentre eles o previsto no artigo 491. A adoção da tese – em prol da aplicação do artigo 188 – conduz à inutilidade do artigo 491, já que, em última análise, não seria observado o prazo máximo de trinta dias nele fixado”²²⁷. No caso da ação rescisória, “*inaplicável é o art. 188, que somente concerne aos prazos legais, não aos judiciais.*”²²⁸

Diferente, contudo, é o entendimento da 6ª Turma do STJ, manifestado no julgamento do REsp n. 363.780/RS, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27.08.2002, publicado no *DJ* de 02.12.2002, p. 379²²⁹. Do voto do relator extrai-se o seguinte trecho, indicativo do entendimento adotado:

“Embora considerando relevantes os argumentos, notadamente por revelarem, no fundo, o elogiável propósito de efetivamente se estabelecer a verdadeira igualdade no tratamento dispensado aos litigantes em processo judicial, na verdade, o dispositivo

225. FERRAZ, Cristina. *Os prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2002, p. 120.

226. DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 311.

227. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. cit., p. 542.

228. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 172.

229. Assim, também, STJ, 2ª S., AGRAL n. 250/MT, rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.06.1990, publicado no *DJ* de 06.08.1990, p. 7.317.

em questão não estabelece qualquer distinção nos casos de sua incidência, não parecendo razoável que, justamente em tema tão relevante, vale dizer, a pretensão de desconstituir a coisa julgada tendo como ré, em sentido amplo, a Fazenda Pública, se interprete a norma restritivamente, quando o interesse público, ser inspirador, está em jogo”.

De tal entendimento não diverge a orientação ministrada pelo Supremo Tribunal Federal²³⁰. O Ministro relator, ao emitir o seu voto, valeu-se do seguinte argumento:

“Nada há que autorize se deduzir do texto do art. 188 do CPC a aplicabilidade restrita aos prazos legais prefixados e não àqueles dependentes de certa margem de arbítrio judicial dentre os limites legais, como é o caso da resposta do réu na ação rescisória (art. 491 do CPC). Em qualquer caso, o que se confere ao réu, para o ônus de defender-se, é o prazo da contestação dentro no qual possa exercitá-lo. Numerado pela lei ou pelo juiz, é a mesma a função, quanto a realidade dessa medida de tempo processual. Ora, este módulo, qualquer que seja a sua resultância, é que está sujeito a uma aritmética de quadruplicação, nos termos do art. 188”.

É bem verdade que o interesse público subjacente na atuação do Poder Público, os entraves burocráticos, a dificuldade de acesso aos fatos e demais elementos relacionados com a causa e a impossibilidade material de o advogado público recusar a atribuição de elaborar a defesa são dados concretos e suficientes para justificar o tratamento diferenciado que se confere à Fazenda Pública em juízo. É igualmente verdadeiro que a *razão* que fundamenta a aplicação do art. 188 do CPC estaria presente na contestação à ação rescisória, sobretudo porque, além de todas aquelas justificativas, há o interesse de preservar-se a coisa julgada material constituída em favor do ente público.

Acontece, porém, que há regras especiais que prevalecem em relação às normas gerais contidas no Código de Processo Civil. Na ação popular, por exemplo, o prazo para a resposta do réu é de vinte dias, não se aplicando o art. 188 do CPC. Tal prazo de vinte dias pode até ser prorrogado (Lei n. 4.717/65, art. 7º, IV), mas não será quadruplicado, eis que não aplicável, na espécie, o art. 188 do CPC.

No caso da ação rescisória, o art. 491 do CPC encerra comando igualmente especial, não se submetendo à regra geral do art. 188 do CPC. E isso porque o prazo para a resposta do réu é *fixado* pelo relator, *não* podendo ser inferior a quinze dias *nem* superior a 30 (trinta) dias. Significa que a quadruplicação prevista no art. 188 do CPC apresenta-se como incompatível com a regra inscrita no art. 491

230. STJ, 1ª T., RE n. 94.960/RJ. rel. Min. Rafael Mayer, j. 24.11.1981, publicado no *DJ* de 08.10.1982, p. 10.190.

do CPC, pois o limite *máximo* para o prazo da resposta é de trinta dias. A bem da verdade, o art. 188 do CPC não faz distinção entre prazos legais e prazos judiciais. Todavia, o art. 491 do CPC fixa um *máximo* de 30 (trinta) dias para a contestação na ação rescisória, de sorte que o prazo *nunca* deve ser superior àquele limite. Em outras palavras, não se permite ao relator conceder ao réu, na ação rescisória, um prazo superior a 30 (trinta) dias. Daí não se computar o quádruplo previsto no art. 188 do CPC, porquanto, ainda que se fixasse o limite mínimo (15 dias), a quadruplicação extrapolaria o limite máximo de 30 (trinta) dias.

Se, contudo, o relator, no caso concreto, determinar a aplicação do art. 188 do CPC, constando expressamente do mandado de citação a fixação de prazo em quádruplo, a Fazenda Pública deverá beneficiar-se da regra. E isso porque, consoante já firmado pelo STJ, o “... *mandado citatório com prazo superior ao legal para contestar*” é válido, sendo tempestiva a contestação que atende ao prazo ali anotado²³¹. Aliás, é requisito do mandado de citação a indicação do prazo, com a designação quantitativa do número de dias que tem o citando para apresentar contestação²³².

Enfim, para evitar prejuízo à defesa, é imperioso que o relator da ação rescisória, ao fixar o prazo de resposta, esclareça, no despacho inicial, se entende aplicável ou não o art. 188 do CPC.

8.5. Revelia na ação rescisória

O réu revel é aquele que não contesta tempestivamente uma demanda contra ele dirigida. Não vindo o réu, na ação rescisória, a apresentar contestação, será revel. É possível, pois, haver revelia em ação rescisória. Cumpre perquirir se ela produz seus efeitos.

O efeito material da revelia consiste presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (CPC, art. 319). Por sua vez, o efeito processual identifica-se com

231. STJ, 6ª T., REsp n. 49.994/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 11.10.1994, publicado no DJ de 31.10.1994, p. 29.536.

232. STJ, 4ª T., REsp n. 175.546/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05.08.1999, publicado no DJ de 13.09.1999, p. 69. *A propósito*, vale conferir o seguinte julgado: “I – O mandado de citação deve conter o prazo para a defesa, sob pena de nulidade, que, pela sua gravidade, pode ser arguida a qualquer tempo, sendo irrelevante não ter sido alegada na primeira oportunidade que o réu teve de falar nos autos. II – Por esse prazo se deve entender a designação quantitativa do número de dias que tem o citando para apresentar contestação. E a menção expressa ao prazo se justifica exatamente para que o destinatário da citação fique ciente do período de tempo de que dispõe para tomar as providências que lhe incumbem”. (STJ, 4ª T., REsp n. 58.699/AL, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.06.1998, publicado no DJ de 29.03.1999, p. 179).

a dispensa de intimação do réu para os atos do processo, de sorte que os prazos correrão independentemente de sua intimação (CPC, art. 322).

A revelia na ação rescisória *não* produz seu efeito material, de maneira que, sendo revel o réu na ação rescisória, não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial. Realmente, “a autoridade da coisa julgada, de que se reveste a sentença ou o acórdão rescindendo, é fato bastante para afastar a verossimilhança acentuada que justificaria o julgamento com base nos arts. 319 e 330, II, do CPC. O autor, na ação rescisória, tem o ônus de demonstrar a ocorrência de algum dos vícios relacionados no art. 485 do CPC e o silêncio do réu, não oferecendo contestação, não o dispensa desse ônus”²³³.

É que a autoridade da coisa julgada não pode ser desfeita com uma simples presunção que, aliás, é relativa. Sabe-se que a presunção de veracidade gerada pela revelia é relativa, e não absoluta, admitindo prova em contrário. Uma simples presunção relativa não poderia ter o condão de afastar a autoridade da coisa julgada.

Não bastasse isso, é bem de ver que o art. 491 do CPC, ao disciplinar o procedimento da ação rescisória, assim dispõe: “Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V”. Como se vê, à ação rescisória aplicam-se as regras do procedimento ordinário, pertinentes às providências preliminares e ao julgamento antecipado da lide, não havendo referência ao Capítulo III do Título VIII do Livro I, que diz respeito à revelia e aos seus efeitos. Logo, há revelia na ação rescisória, mas sua ocorrência é irrelevante, eis que não são produzidos os seus efeitos.

Esse, aliás, é o magistério de Sérgio Rizzi, que, a propósito, assim leciona:

“E, se o réu não contestar, ainda que se declare a revelia, essa revelia não irá produzir os efeitos encontrados no art. 319. O art. 319 diz que ‘se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor’. Mas este preceito não alcança a ação rescisória. Quer em razão da ordem pública que acompanha a coisa julgada, quer em razão de o legislador, ao se referir aos capítulos do procedimento comum ordinário, não tê-lo feito em relação ao capítulo III, que cuida especificamente desse efeito da revelia. Não há, pois, nenhum prejuízo do ponto de vista da confissão dos fatos por falta de contestação”²³⁴.

233. MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003, n. 3.6.1, p. 170.

234. RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. “Da ação rescisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 26, p. 192.

Por isso, é forçoso concluir que há revelia na ação rescisória, mas ela não produz o efeito material previsto no art. 319 do CPC.

Em relação ao efeito processual da revelia, não há óbice para a sua produção no processo da ação rescisória.

8.6. Reconvenção na ação rescisória

Admite-se a reconvenção em ação rescisória. Dois, são, porém, os requisitos: a) é preciso que a reconvenção também seja uma ação rescisória; b) é preciso que se trate de ação rescisória do mesmo julgado que já é objeto de pedido de rescisão. “Exemplo de fácil percepção é o da rescisão de uma sentença em que autor e o réu tenham sido vencidos e vencedores em parte. Propondo um deles a rescisória, para afastar a coisa julgada material na parte em que a sentença lhe foi adversa, poderá o outro também reconvir pedindo a rescisão da parte em que fora vencido”²³⁵.

Ademais, para que caiba a reconvenção na ação rescisória, é preciso que ainda haja prazo para a propositura de ação rescisória. Se, ao ser apresentada a reconvenção pelo réu, já não havia mais prazo para o ajuizamento da rescisória, não deve ser admitida a reconvenção.

8.7. Produção de provas na ação rescisória

É possível a produção de provas no processo da ação rescisória. Aliás, o próprio art. 485, em alguns momentos, dispõe expressamente sobre isso (p. ex., no inciso VI: “cuja falsidade seja provada na própria ação rescisória”).

O art. 492 do CPC prescreve que: “se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de quarenta e cinco (45) a noventa (90) dias para a devolução dos autos”.

Delegada a produção de provas a um juiz de primeira instância, esse irá colhê-las. Além de colher as provas, pode o juiz proferir decisões que prejudiquem as partes? Poderá o juiz indeferir a oitiva de uma testemunha, ou uma contradição formulada, ou uma pergunta feita a uma testemunha, ou a juntada de um documento destinado a fazer contraprova, enfim o juiz poderá proferir uma decisão que seja prejudicial a uma das partes? Nesses casos, se se entender possível a prolação dessas decisões pelo juiz, como impugná-las? Cabe agravo retido? Se couber, tal agravo retido seria reiterado onde/quando? Caberia agravo regimental (considerando que o juiz atua por delegação, “como se fosse” o relator)? Ou não cabe nada, não havendo preclusão? Em interessante texto, Rodrigo Barioni enfrenta essa questão, sendo conveniente ceder-lhe a palavra:

235. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 347.

“O Código de Processo Civil não traz qualquer indicativo da resolução do problema. A resposta a tais indagações passa, obrigatoriamente, pela análise do regimento interno do tribunal competente para o julgamento da ação rescisória. À delegação da competência do relator ao órgão de primeiro grau de jurisdição é inerente a transferência do poder de julgar questões concernentes à produção da prova. Ao órgão colegiado, porém, fica reservado o controle dessas decisões. Casos há em que o regimento prevê a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo relator na instrução da rescisória, reservando ao órgão competente para o julgamento da causa a apreciação de tais matérias, independentemente de recurso. Nessa hipótese, a falta de impugnação à decisão que causou à parte não enseja preclusão, sendo lícito ao órgão julgador da rescisória examinar a correção do ato decisório.

Alguns regimentos internos adotam distinta linha procedimental, preferindo não relegar para o julgamento da rescisória a revisão das decisões interlocutórias proferidas pelo relator. Conferem à parte o ônus de impugnar as decisões tomadas no curso do processo, por meio de agravo, sob pena de preclusão. O controle pelo colegiado é feito apenas em relação às decisões interlocutórias que foram objeto de recurso. O fato de a instrução realizar-se perante órgão de primeiro grau de jurisdição não afasta do órgão colegiado o poder de fiscalizar as decisões proferidas no curso da rescisória. Cumpre à parte insatisfeita com a decisão do órgão de primeiro grau impugná-la, por meio de agravo de instrumento, dirigido ao tribunal competente para o julgamento da rescisória”²³⁶.

Como se percebe, a opinião de RODRIGO BARIONI aponta ser possível o juiz proferir tais decisões. Sua opinião parte do pressuposto de que haveria, nesse caso, delegação de poder decisório, de sorte que, surgindo uma questão ou incidente, o próprio juiz resolve, sendo possível ao tribunal rever a decisão tomada pelo juiz. Não é essa, contudo, a opinião adotada neste *Curso*. Aqui se defende que a competência para julgar ou o poder decisório é indelegável, não havendo, no sistema, autorização para essa delegação. *Poder probatório, poder de condução do processo e poder executivo*, exatamente porque não envolvem decisão, podem ser delegados, mas o decisório não. Ademais, a competência para processar e julgar ação rescisória é constitucionalmente definida como competência originária dos tribunais. E, de acordo com o *princípio da indisponibilidade de competências*, as atribuições constitucionais fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles previstos na Constituição.²³⁷

As decisões, na ação rescisória, devem ser tomadas pelo tribunal ou por algum membro seu. Não deve o juiz de primeira instância – a quem se delegou poder instrutório, e não decisório – indeferir provas ou proferir decisões. Surgindo um incidente ou questão, deve ser apresentada ao relator, no tribunal. O relator deve decidir, cabendo de sua decisão um agravo regimental. Também não parece possível que possa o regimento interno do tribunal disciplinar regras de processo relativas à delegação do poder de julgar, à preclusão ou ao cabimento de recursos previstos no Código de Processo Civil.

236. BARIONI, Rodrigo. “Observações sobre o procedimento da ação rescisória”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2006, v. 10, p. 546-547.

237. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, n. 1.5, p. 47.

Se o juiz proferir decisões, caberá agravo de instrumento, não contra a decisão em si, mas contra a *usurpação de competência* do tribunal. Ao tribunal cabe *cassar* a decisão do juiz, devendo a questão ser enfrentada pelo relator. Ao juiz, em vez de decidir, cabe remeter a questão ao relator para deliberação. Como demonstrado no capítulo de reclamação constitucional, o STF admite o cabimento desta em tribunal de justiça. Nesse sentido, e seguindo a trilha desse entendimento, caberia, além do agravo de instrumento, uma reclamação constitucional por *usurpação de competência*, com a mesma finalidade de o tribunal *cassar* a decisão do juiz, a fim de que a questão ou o incidente seja resolvido pelo relator.

Não obstante isso, a prova oral, no processo da ação rescisória, pode ser colhida de três formas: “a) expede-se *carta de ordem* a juiz de primeira instância, para que colha a prova oral (art. 492 do CPC); b) o relator faz a colheita da prova oral em seu gabinete²³⁸; c) a prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese que dificilmente ocorrerá, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais, mas que certamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, pois a o princípio da imediação na colheita das provas, muito importante em provas orais, estaria preservado.

Consoante já examinado, há uma tendência de os tribunais darem tratamento equivalente à ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 (violação à literal disposição de lei) e aos recursos extraordinários. Partindo-se desta premissa, compreende-se o enunciado n. 410 da súmula da jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho: “A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda”.

8.8. Intervenção do Ministério Público

Não obstante o silêncio do CPC, a ação rescisória é hipótese de intervenção obrigatória do Ministério Público, tendo em vista o interesse público evidenciado pela “natureza da lide” (CPC, art. 82, III), a menos que ele próprio seja o autor da ação rescisória²³⁹.

8.9. Suspensão da execução da decisão rescindenda e tutela antecipada na ação rescisória

Na dicção do art. 489 do CPC, “o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza

238. Examinando o art. 492 do CPC, Barbosa Moreira entende que o relator mesmo pode colher a prova oral: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 197.

239. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 199-200; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 373-374.

cautelar ou antecipatória de tutela”. Vale dizer que o simples *ajuizamento* da ação rescisória não tem o condão de suspender ou paralisar a execução, mas é possível a concessão de tutela de urgência para impedir a execução da decisão rescindenda.

A nova redação do dispositivo encerra discussão doutrinária sobre o cabimento da tutela de urgência, com esse objetivo, no âmbito da própria ação rescisória. A redação anterior não continha a ressalva que agora permite a concessão da medida preventiva.

A interpretação que se dava ao artigo não permitia que fosse sobrestada a execução fundada em sentença de mérito transitada em julgado. Assim, constituía verdadeiro dogma a proibição de haver a suspensão da execução, em razão da propositura da ação rescisória ou de determinação imposta ali mesmo, na própria rescisória. A literalidade do dispositivo e a intangibilidade da coisa julgada serviam de motivo para a não-aceitação da suspensão da execução, por determinação que levasse em conta o provável êxito da ação rescisória.

Posteriormente, passou-se a aceitar o uso da ação cautelar inominada para obter a suspensão da execução, a fim de assegurar-se o resultado útil da ação rescisória²⁴⁰. É que, levada ao extremo a interpretação do antigo art. 489 do CPC, várias rescisórias constituiriam mero exercício de inutilidade, restando frustrado o seu resultado final, em caso de procedência tardia. A ação cautelar, como se sabe, serve para assegurar o resultado útil de um processo principal, de nada valendo a decisão proferida neste, quando já ultimada a execução, com o pagamento da dívida inscrita no título. Se, por um lado, a coisa julgada recebe especial proteção constitucional, a própria Constituição Federal, por outro lado, estabelece competência aos tribunais para julgar ações rescisórias de seus próprios julgados. Assim, e diante da autonomia da ação cautelar, que não seria afetada pela vedação constante do art. 489 do CPC, afigura-se possível suspender a execução em virtude de liminar concedida em ação cautelar, dada a relevância do argumento da rescisória, desde que igualmente presente o perigo na demora²⁴¹.

Ademais, a ação rescisória devia, a exemplo de qualquer outra demanda, ser eficaz, tendo resultado efetivo. Em outras palavras, o princípio da efetividade tem aplicação também na ação rescisória, de tal forma que uma lesão ou *ameaça* não

240. A propósito, o estudo original de LACERDA, Galeno. “Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1983, n. 29, p. 38-40.

241. LACERDA, Galeno. “Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1983, n. 29, p. 38-40. *Contra*, entendendo que não se deve suspender, via cautelar, a execução do julgado, por prevalecer a regra do art. 489 do CPC: MACHADO, Agapito. “Ação cautelar inominada preparatória de ação rescisória, colimando suspender os efeitos executórios do *decisum* rescindendo e outras peculiaridades”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1998, n. 752, p. 47-60.

pode ser afastada do controle jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV). Daí por que, não obstante a regra contida no art. 489 do CPC, pode ser suspensa a execução, mediante a concessão de medida que garanta a tutela de urgência.

Com a introdução da tutela antecipada no sistema processual brasileiro, mediante alteração levada a efeito no art. 273 do CPC, passou-se a entender que a suspensão da execução deveria ser feita, não por liminar em cautelar, mas sim por meio de decisão que antecipasse, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional a ser prestada na ação rescisória²⁴². Com efeito, “não obstante o disposto no 489 do Código de Processo Civil – ‘A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda’ – o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, excepcionalmente, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória com o fito de suspender a execução da decisão rescindenda, desde que presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil”²⁴³. Em outras palavras, “a princípio, ‘a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda’ (art. 489 do CPC). No entanto, a jurisprudência desta Corte tem admitido, excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação rescisória, para suspender a execução da decisão rescindenda, quando presentes as hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil”²⁴⁴. No mesmo sentido, a Resolução 6 do IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil: “É cabível a concessão de tutela na ação rescisória visando à suspensão dos efeitos práticos da sentença rescindenda.”

É possível que o executado compareça e apresente sua impugnação antes de escoado o prazo para o ajuizamento de ação rescisória. Se, nessa situação, o executado defender-se, mas não alegar a ausência ou nulidade de citação, a questão, como visto, irá ser alcançada pela preclusão. Ainda que sobeje prazo para ajuizamento de ação rescisória, não deverá tal alegação de ausência ou nulidade de citação ser mais utilizada. É que já terá havido a preclusão consumativa. Realmente, o réu já compareceu na fase de cumprimento, defendendo-se e não alegando a falta ou o defeito de sua citação. Não será possível fazê-lo, em seguida, numa futura ação rescisória.

242. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. “Tutela antecipada na ação rescisória”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 12, p. 104-112; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 109; GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcellos. *A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede de ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, *passim*; CARNEIRO, Athos. *Da antecipação da tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 74; LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 110-112.

243. STJ, 3ª S., AgRg na AR n. 2.995/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 10.03.2004, publicado no DJ de 19.04.2004, p. 151.

244. STJ, 1ª S., AgRg na AR n. 2.870/PI, rel. Min. Castro Meira, j. 09.06.2004, publicado no DJ de 16.08.2004, p. 121.

Havia quem não aceitasse nem a cautelar, nem a tutela antecipada, defendendo o uso do mandado de segurança, com vistas à suspensão da execução²⁴⁵.

Na verdade, a medida cautelar e a tutela antecipada (embora essa última seja tecnicamente a mais adequada) revelavam-se como medidas aptas a impor a suspensão da execução, diante do provável êxito da ação rescisória, não se justificando o cabimento do mandado de segurança. O sistema processual pátrio cuidou de *unificar* os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a *medida* cautelar, seja a *ação* cautelar, todas se subordinam às *mesmas* regras, inclusive no que respeita às vedações de concessão contra a Fazenda Pública²⁴⁶.

A assertiva tem a confirmá-la a inserção do novo § 7º ao art. 273 do CPC pela Lei n. 10.444/2002, que permite ao juiz aplicar o princípio da *fungibilidade* na concessão de provimentos de urgência²⁴⁷, deferindo uma cautelar no lugar de uma tutela antecipada, evidenciando a *unificação* do sistema de medidas urgentes²⁴⁸.

A propósito, assim já decidira o STJ²⁴⁹. Também nesse sentido é o enunciado n. 405 da súmula do TST:

“I – Em face do que dispõe a MP 1.984-22/00 e reedições e o artigo 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

II – O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória”.

Se, diante disso, já não havia mais relevância em distinguir-se, nesse caso, a tutela antecipada da cautelar, cabendo qualquer uma dessas medidas de urgência para, na rescisória, obter-se a suspensão da execução, tanto mais a partir do momento em que ao relator da ação rescisória se conferiu poder geral de cautela.

245. PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001, n. 4.3.3.2, p. 349-356.

246. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2005, n. 11.4, p. 193-196.

247. Há quem entenda que a fungibilidade estabelecida pelo § 7º do art. 273 do CPC não constitui garantia de um regime único e uniforme para as medidas de urgência. É que, em se tratando de cautelar, admite-se a atuação de ofício do juízo, sendo possível a audiência de justificação prévia e podendo ser exigida do requerente a prestação de caução, o que não se admite, ao menos em tese, na antecipação de tutela (YAR-SHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, cit., p. 290).

248. TALAMINI, Eduardo. “Medidas urgentes (‘cautelares e antecipadas’): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 2, p. 23.

249. STJ, 3ª T., REsp n. 351.766/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2002, publicado no DJ de 26.08.2002, p. 214.

Realmente, assim dispõe o art. 15 da Medida Provisória nº 2.180-35/2001: “Art. 15. Aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil”.

É relevante advertir que tal medida provisória não precisa mais ser reeditada, em razão do que dispõe a Emenda Constitucional nº 32/2001, mantendo sua numeração, sua redação e sua vigência, até que seja, formalmente, convertida em lei. Com efeito, a aludida Emenda Constitucional nº 32/2001 alterou algumas regras inerentes às medidas provisórias, fixando, em seu art. 2º, uma disposição *transitória*, relativa às medidas provisórias até então vigentes, que ainda não teriam sido convertidas em lei.

Diante do art. 15 da mencionada Medida Provisória nº 2.180-35/2001, passou a ser possível ao relator da ação rescisória conceder liminar, nos seus próprios autos, com esteio no art. 798 do CPC, de forma que, havendo a coexistência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, será possível o exercício do poder geral de cautela, com o deferimento de liminar que atenda ao interesse da parte, resguardando o resultado útil do provimento final.

Não se faz necessário, portanto, o ajuizamento de medida cautelar incidental à rescisória para a obtenção de liminar. A propositura da cautelar revelaria ausência de interesse de agir, pois, como se sabe, tal condição da ação somente está presente quando haja necessidade, utilidade e adequação. Ora, à vista do dispositivo supra transcrito, afigura-se *desnecessário* o ajuizamento da cautelar, quando o resultado já pode ser obtido nos próprios autos do feito principal.

De todo modo, é forçoso concluir que não há mais sentido na discussão, pois agora há regra expressa permitindo a concessão da tutela de urgência. O legislador, atento à evolução doutrinária e jurisprudencial, consagrou a tese no texto do art. 489 do CPC.

9. JULGAMENTO: O *IUDICIUM RESCINDENS* E O *IUDICIUM RESCIS-SORIUM*

O juízo “*rescindens*” é o juízo rescindente contido na ação rescisória, em razão do qual será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada. Enfim, o juízo “*rescindens*” consiste no pedido, formulado pelo autor da ação rescisória, para que seja desconstituída a decisão trânsito em julgado.

O juízo “*rescindens*” está sempre presente em *todas* as hipóteses previstas no art. 485 do CPC, “*porque caracteriza, em última análise, a ação rescisória como tal*”²⁵⁰.

250. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.494.

Pelo juízo “*rescissorium*”, o tribunal, na ação rescisória, promove um novo julgamento da causa. O exercício do juízo “*rescissorium*”, como se percebe, depende do prévio acolhimento do juízo “*rescindens*”. O *iudicium rescindens* é preliminar ao *iudicium rescissorium*. É exemplo da cumulação sucessiva em que o primeiro pedido é preliminar o ao segundo²⁵¹.

Assim, desconstituída a decisão transitada em julgado, com o acolhimento do juízo “*rescindens*”, passa o tribunal ao exame do juízo “*rescissorium*”, procedendo a um novo julgamento da causa, para julgar *procedente* ou *improcedente* o pedido formulado na causa originária e renovado na petição inicial da ação rescisória. Percebe-se, então, que a vitória no juízo rescindente não é, em regra, garantia de vitória no juízo rescisório – e é por isso que o primeiro é preliminar ao segundo.

Dai já se percebe que a ação rescisória desencadeia o exercício de 3 (três) juízos, a saber: a) o de admissibilidade; b) o rescindente; e c) o rescisório. Pelo primeiro exame, o tribunal irá verificar se realmente é cabível a ação rescisória, perquirindo quanto à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como se houve decisão de mérito transitada em julgado e se a parte autora está a alegar uma das hipóteses encartadas em um dos incisos do art. 485 do CPC. No juízo rescindente, será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada. E, finalmente, no juízo rescisório, promove-se um novo julgamento da causa.

Significa, então, que o pedido formulado na ação rescisória pode dividir-se em 2 (duas) pretensões: a) juízo rescindente (*iudicium rescindens*) e b) juízo rescisório (*iudicium rescissorium*). A pretensão rescindente é desconstitutiva; a pretensão de re-julgamento pode dar origem a acórdão de qualquer espécie (variará conforme a natureza da causa que se busca ver novamente decidida: declaratória, constitutiva ou condenatória).

O tribunal, no julgamento da rescisória, deve apreciar as duas pretensões, rescindindo a sentença e re julgando a demanda. O juízo rescindente está *sempre* presente em todas as hipóteses do art. 485 do CPC, enquanto, em alguns casos de que é exemplo a hipótese do inciso IV (ofensa ao efeito negativo da coisa julgada), poderá ser dispensado o juízo rescisório: a sentença será rescindida, sendo prescindível o re julgamento da demanda. Nesta última hipótese, em que

251. “Apenas quando a rescindibilidade da sentença decorre da sua injustiça (v. g., art. 485, nº IX) é que o *iudicium rescindens* funciona como prejudicial do *iudicium rescissorium*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 205).

se apresenta, apenas, o juízo rescindente, o julgamento pelo tribunal irá cingir-se a desconstituir ou não a coisa julgada.

Estabelece o art. 488, I, do CPC, que, na ação rescisória, a petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor cumular ao pedido de rescisão, *se for o caso*, o de novo julgamento da causa. Há hipóteses, como se viu, em que a rescisória conterà apenas o pedido de rescisão, mas, na maioria delas, a tal pedido deve ser cumulado o de novo julgamento da causa.

Se não vier tal cumulação, ou seja, se o pedido de *novo* julgamento da causa não for formulado, “é defeso seu enfrentamento de ofício mesmo quando possível, sob pena de violação dos arts. 128, 262 e 460, do CPC, que agasalham o princípio da inércia da jurisdição”²⁵². Em outras palavras, “não é lícito ao órgão julgador suprir, por si, o pedido de novo julgamento que o autor haja porventura omitido”²⁵³.

Nesse caso, ou seja, faltando o pedido de novo julgamento, quando se revele obrigatório, cabe ao relator, nos termos do art. 284 do CPC, determinar a intimação do autor para que emende a petição inicial e, aí, formule a pretensão ausente. Se, passado o prazo sem que o autor emende a petição, deverá, então, ser indeferida a petição inicial, não se viabilizando a correção de ofício pelo tribunal²⁵⁴.

Em suma, os juízos “*rescindens*” e “*rescissorium*” devem ser cumulados na maioria das hipóteses do art. 485 do CPC. Não sendo cumulados, *não* pode o Tribunal decidir ambos, sob pena de proferir decisão *extra petita*. No particular, deve ser determinada a emenda da petição inicial, sendo barrada a rescisória no juízo de admissibilidade, caso não se promova a referida emenda.

Na ação rescisória, há, além do relator, um revisor. Após lançado o relatório nos autos, o revisor a estes terá acesso, apondo seu visto, após o que pedirá dia para julgamento. No julgamento, os membros do órgão indicado pelo regimento deverão proferir seus votos, não estando impedidos os juízes que participaram do julgamento rescindendo, de acordo com entendimento consolidado no enunciado n. 252 da súmula do STF. Cabe sustentação oral em julgamento de ação rescisória.

10. EFICÁCIA TEMPORAL DO JULGAMENTO RESCINDENTE.

O acolhimento do pedido rescindente é constitutivo negativo: desfaz-se a coisa julgada material.

252. BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.494.

253. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 161.

254. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 161.

A partir daí, passa-se ao julgamento do pedido rescisório, com o rejuízo da causa. Vê-se que, no tocante ao juízo rescindente, a ação rescisória é constitutiva negativa ou desconstitutiva, produzindo-se efeitos *ex tunc*, tendo, portanto, eficácia retroativa para desfazer tudo que se realizou a partir da sentença ou do julgado rescindendo.

Sucedendo que o princípio da proteção da confiança, examinado no v. 1 deste *Curso*, pode impor a modulação temporal dos efeitos do acórdão que rescinde decisão transitada em julgado²⁵⁵.

Examinemos o caso da rescisória por incompetência absoluta (CPC, art. 485, II). Ao rescindir a sentença, deverá o tribunal estabelecer quais atos processuais serão aproveitados, indicando expressamente os que foram anulados (CPC, art. 113, § 2º). Em regra, acolhida a rescisória por incompetência absoluta, deve o tribunal desfazer a sentença. É possível, contudo, que o tribunal decida manter os efeitos da sentença rescindida, até que outra seja proferida pelo juízo competente, sendo certo que este último poderá, até mesmo, proferir sentença que ostente o mesmo resultado daquela anulada, que fora proferida pelo juízo incompetente.²⁵⁶ Trata-se de solução semelhante à da regra extraída do sistema processual, que remonta ao Direito Romano, quando se permitia a chamada *translatio iudicii*²⁵⁷: sem alterar o objeto do processo (fórmula), podia, em algumas situações, ser alterado o juiz, a fim de que o processo pudesse prosseguir sem solução de continuidade, aproveitando-se os atos praticados, com rendimento e economia de tempo. Além do princípio da proteção da confiança, essa solução é reforçada pelo princípio constitucional da duração razoável do processo.

Atualmente, ao termo *translatio iudicii* vem sendo atribuído o significado concretamente ao fenômeno caracterizado pelo aproveitamento de todos os atos e pela preservação dos efeitos processuais e materiais da demanda, quando do reconhecimento da incompetência.²⁵⁸

255. “é a decisão do próprio procedimento revisional que poderá ter a sua eficácia temporalmente modulada, passando a incidir o novo conteúdo somente a partir de um momento fixado na decisão de quebra. Não se pretende modular o conteúdo da decisão rescindenda, mas sim preservar a posição estável mesmo tendo havido conclusão pela necessidade de superação da estabilidade. É, portanto, a eficácia do próprio procedimento revisional que se opera sem retroação, justamente para favorecer uma transição suave entre a antiga posição estável e o novo conteúdo”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Cóisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 540). Nesse sentido, ainda, CAMPOS, Arthur Sombra Sales. “Mecanismos de proteção das expectativas legítimas no caso de rescisão da coisa julgada material”. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 82 e segs.

256. Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008, n. 12.4, p. 273-275.

257. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 108.

258. ASPRELLA, Cristina. *La translation iudicii: trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (l. n. 69/2009)*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, passim. Sobre o assunto, ainda, vale conferir GRECO, Leonardo. “*Translatio iudicii* e reassunção do processo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, dez. 2008, v. 166; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A *translatio iudicii* no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jun. 2012, v. 208, p. 257-263.

A *translatio iudicii*, que é extraída dos princípios da efetividade, da duração razoável do processo, da economia processual e do aproveitamento dos atos processuais, contém o fundamento para que se preservem os efeitos materiais e processuais da litispendência. É a partir dela que se pode, por exemplo, concluir que a indicação errônea da autoridade no mandado de segurança não deve ser causa de extinção do processo sem resolução do mérito, aproveitando-se os atos praticados.²⁵⁹

Embora mais visível na ação rescisória por incompetência absoluta, a modulação temporal é técnica que pode ser aplicada em qualquer decisão judicial que quebre alguma estabilidade jurídica e, especialmente, no julgamento da ação rescisória que desconstituiu a coisa julgada.

O STJ já enfrentou o tema, por exemplo, no caso de rescisão de decisão judicial que havia reconhecido o direito a parcelas de natureza alimentar, que, a despeito da rescisão, não poderiam ser repetidas²⁶⁰. Em outro julgamento, o STJ, embora não tenha modulado os efeitos da decisão, reconheceu essa possibilidade, ainda que em *obiter dictum* (STJ, 1ª. S., SR n. 3.788-PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 14.04.2010, publicado no DJe de 21.05.2010):

“Via de regra, a rescisão da sentença de mérito, embora ostente decisão de natureza desconstitutiva, tem efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage para atingir todas as situações decorrentes da relação jurídica discutida no processo original. Excepcionalmente, dada a efetividade da sentença transitada em julgado, que repercute no mundo jurídico desde logo, devem ser ressalvadas determinadas situações havidas sob a coisa julgada até então existente, sobretudo quando envolvem terceiros de boa-fé, o que não ocorre nos autos, porquanto aqui se discute, apenas, a exigibilidade de tributo, matéria restrita à relação jurídico-tributária travada entre fisco e contribuinte”.

11. RECURSOS NA AÇÃO RESCISÓRIA

No processo da ação rescisória, há dois tipos possíveis de decisão judicial: decisão isolada de membro de tribunal e o acórdão.

É possível que o relator, por exemplo, indefira a petição inicial da ação rescisória ou conceda/negue um pedido de tutela de urgência. Contra a decisão isolada de relator, cabe agravo interno, para o órgão colegiado competente para o julgamento da própria ação rescisória.

Contra o acórdão que julga ação rescisória, podem caber *embargos infringentes*. Para tanto, é preciso que se trate de acórdão não unânime que tenha rescindido a

259. Nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, n. 14.4.6, p. 517-519.

260. STJ, 5ª T., REsp. n. 824.617-RN, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20.03.2007, publicado no DJe de 16.04.2007; STJ, 6ª T., REsp 828.073-RN, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), j. em 04.02.2010, publicado no DJe de 22.02.2010.

decisão judicial (art. 530 do CPC). Contra acórdão unânime, ou não unânime que tenha mantido a decisão judicial, cabem recurso especial e/ou recurso extraordinário. Em relação a tais recursos, é importante observar que o recurso excepcional deve versar sobre questão que tenha surgido durante o processo da ação rescisória, e que tenha sido enfrentada pelo tribunal recorrido (prequestionamento). Um exemplo talvez elucide a questão: é possível, por exemplo, recurso especial, por violação ao inciso V do art. 485 do CPC, contra acórdão que não admitiu ação rescisória, sob o fundamento de que a palavra “lei”, no texto legal, não inclui a medida provisória. Não é possível, nos recursos excepcionais, renovar a discussão sobre a ocorrência ou não da causa de pedir da ação rescisória, pois se trata de questão de fato, cuja discussão não pode compor o objeto litigioso de um recurso excepcional. Assim, por exemplo, não é possível ingressar com recurso especial contra acórdão que julga improcedente a ação rescisória, sob o fundamento de que, ao não acolher o pedido, o tribunal teria reincidido na violação à lei alegada com causa de pedir.

A propósito, as lições de Bernardo Pimentel Souza: “Entretanto, prevalece o entendimento de que os recursos para as cortes superiores só podem versar sobre o vício surgido no próprio processo da rescisória, não sendo possível ressuscitar defeito relativo ao processo primitivo”²⁶¹. Assim, também, José Carlos Barbosa Moreira: “A questão atinente à violação da norma constitucional não pode tornar-se objeto de reexame pela Corte Suprema, no julgamento do recurso extraordinário, justamente por não ser aí questão de direito, senão de fato. Se a norma constitucional foi ou não violada, decide-o soberanamente o órgão julgador da rescisória, em apreciação insuscetível de controle pelo Supremo Tribunal Federal”²⁶².

O STJ, no tocante ao recurso especial interposto contra acórdão proferido em ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do STJ, passou a flexibilizar tal entendimento, aceitando que o recorrente veicule, nas suas razões recursais, a ofensa aos dispositivos que teriam sido violados no acórdão rescindendo e que ensejaram o ajuizamento da ação rescisória. Nesse sentido, confira-se o teor dos seguintes precedentes:

261. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3 ed. cit., p. 794.

262. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*, cit., p. 212. O STJ vem, todavia, entendendo que, quando a rescisória tem por fundamento o inciso V do art. 485 do CPC, cabe recurso especial em cujas razões se deve apontar também o dispositivo tido como violado pelo acórdão rescindendo. A propósito, confira-se o teor da ementa do seguinte precedente: “Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido. I – Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea ‘a’ do permissivo constitucional. II – Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei nº 6.015/73 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário. III – Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória. “ (Acórdão não unânime da Corte Especial do STJ, REsp 476.665/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 1/12/2004, DJ de 20/6/2005, p. 112).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À LEI. ERRO DE FATO. INADMISSÍVEL DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. O Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação literal a disposição de lei 2. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento *juris prudencial*, decidiu que:“(…)Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido” (Corte Especial – RESP 476.665-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005). 3. Precedentes *jurisprudenciais* do STJ: AgRg no Ag 580593/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2006 e RESP 746301/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.05.2006. (...) 8. Recurso Especial improvido” (REsp 804.624/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 205, REPDJ 16.04.2007 p. 172)

“O Recurso Especial pode vir calcado nos mesmos dispositivos que ensejaram a Ação Rescisória por violação literal a disposição de Lei. Assim decidiu, no REsp 476.665/PÁDUA, a Corte Especial do STJ, revendo posição anterior.” (AgRg no Ag 580593/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.02.2006, DJ 20.03.2006 p. 265). “Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido. I – Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea “a” do permissivo constitucional. II – Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n.º 6.015.73 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário. II I – Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória.” (REsp 476665/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01.12.2004, DJ 20.06.2005, p. 112).

Esse posicionamento consolidou-se com o julgamento, pela Corte Especial do STJ, dos EREsp n. 1.046.562, Rel. p/ ac. Min. Nancy Andrighi, j. em 2.3.2011, de cuja ementa consta a seguinte passagem: “Considerando que, na ação rescisória baseada no art. 485, V, do CPC, há alegação de violação a literal disposição de lei, o mérito do recurso especial se confunde com os próprios fundamentos para a propositura da ação rescisória, autorizando o STJ a examinar também o acórdão rescindendo”.

Tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, também cabem no processo da ação rescisória os *embargos de divergência* e o *agravo contra decisão do Presidente/Vice-Presidente do Tribunal a quo que não admite recurso especial ou extraordinário* (art. 544 do CPC).

Os embargos de declaração também são admissíveis no processo da ação rescisória, obviamente.

12. EXECUÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA

Julgada a ação rescisória, haverá execução do acórdão que acolheu o pedido rescisório. É possível, ainda, haver execução da verba honorária, seja no caso de rejeição, seja no caso de acolhimento do pedido formulado na ação rescisória.

À execução na ação rescisória aplicam-se as regras do cumprimento da sentença, devendo o executado pagar o valor devido em quinze dias, sob pena de multa de 10%, daí se seguindo a expedição de mandado de penhora e avaliação (CPC, art. 475-J). O executado pode defender-se pela impugnação (CPC, arts. 475-L e 475-M). Aplicam-se, enfim, todas as regras relativas ao cumprimento da sentença.

O cumprimento da sentença, na ação rescisória, deve processar-se perante o próprio tribunal que julgou a rescisória. É que, sendo a rescisória uma ação de competência originária de tribunal, cabe a este processar o consequente cumprimento da sentença (CPC, art. 475-P, I). A competência, nesse caso, é funcional e, portanto, absoluta. Em outras palavras, processada e julgada a causa, originariamente, em tribunal, o cumprimento ou a execução do julgado processar-se-á ali mesmo, no tribunal.

No AgRg na Ação Rescisória 974-RN, a 3ª Seção do STJ entendeu que não tinha competência para a execução do julgado. Segundo ali se decidiu, numa interpretação mais preocupada com os aspectos práticos do problema (volume de causas para o STJ executar), a competência seria do juízo de primeira instância, e não do próprio STJ. A competência para a execução do julgado proferido na ação rescisória é, como visto, do próprio tribunal, não podendo ser transferida para outro juízo, exatamente porque se trata de competência funcional e, portanto, absoluta. O volume de causas ou o excesso de demandas não pode ser utilizado como justificativa para modificação da competência. A competência absoluta, como se sabe, não se modifica, nem se transfere, nem se prorroga, nem se derroga.

Em suma, a execução do julgado proferido na ação rescisória deve ser processada com base nas regras próprias do cumprimento da sentença, devendo tal processamento opera-se no próprio tribunal que julgou a rescisória.

13. AÇÃO RESCISÓRIA DE JULGAMENTO PROFERIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA

Como qualquer julgamento, a decisão em ação rescisória pode estar contaminada com algum dos vícios que dão ensejo ao ajuizamento de ação rescisória.

Assim, admite-se a possibilidade de uma ação rescisória contra decisão que julgou outra ação rescisória; ação rescisória de ação rescisória.

Mas, “só é possível discutir, em nova rescisória, vícios atinentes ao *decisum* proferido na rescisória antecedente. Não pode, portanto, o inconformado, repetir em outra rescisória a mesma causa de pedir que deu ensejo à propositura da antecedente”²⁶³. Cabe rescisória de rescisória, por exemplo, se se demonstrar a corrupção, prevaricação, concussão ou impedimento de um dos juízes que julgaram a primeira ação rescisória. Nesse sentido, com precisão, o enunciado n. 400 da súmula do TST: “Em se tratando de rescisória de rescisória, o vício apontado deve nascer na decisão rescindenda, não se admitindo a rediscussão do acerto do julgamento da rescisória anterior. Assim, não se admite rescisória calcada no inciso V do art. 485 do CPC para discussão, por má aplicação dos mesmos dispositivos de lei, tidos por violados na rescisória anterior, bem como para arguição de questões inerentes à ação rescisória primitiva”.

263. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3 ed. cit., p. 798.

CAPÍTULO X

AÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA (*QUERELA NULLITATIS*)

A decisão judicial *existente* pode ser impugnada, basicamente, por dois meios de impugnação: o recurso e a ação rescisória. Esses meios servem para impugnar tanto *errores in procedendo* quanto *errores in iudicando*. É possível, pois, por esses meios, discutir a validade e a justiça da sentença. Ou seja, o recurso é o meio de impugnação da decisão judicial dentro do processo em que a decisão foi proferida (até o trânsito em julgado); a ação rescisória é o meio de desconstituição da coisa julgada material, que pode ser manejada, conforme já visto, dentro do prazo de dois anos após o trânsito em julgado.

No direito processual civil brasileiro, há, porém, duas hipóteses em que uma decisão judicial *existente* pode ser invalidada após o prazo da *ação rescisória*. É o caso da decisão proferida em desfavor¹ do réu, *em processo que correu à sua revelia*², quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC). Nesses casos, a decisão judicial está contaminada por *vícios transrescisórios*³.

No primeiro volume deste curso, restou demonstrado que a citação não é pressuposto de existência do processo, embora muitos doutrinadores pensem em sentido contrário⁴. Acolhe-se o entendimento de Cândido Dinamarco, Pontes de Miranda,

-
1. Se a sentença é favorável ao réu não-citado, não é possível a sua invalidação, pois não há nulidade sem prejuízo. Além disso, faltaria ao réu não-citado interesse de agir na propositura da *querela nullitatis*. Em sentido contrário, Pontes de Miranda, “a sentença, ainda favorável, não cobre o vício da citação nula do revel”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 82).
 2. Perceba que se o réu não foi citado ou foi citado irregularmente, mas não houve revelia, pois ele compareceu espontaneamente (art. 214 do CPC), não cabe mais a *querela nullitatis*. O réu-revel, por exemplo, pode utilizar-se da apelação contra a sentença proferida em processo em que não foi citado. Ao fazer isso, ingressa na relação jurídica processual, não podendo, posteriormente, após o trânsito em julgado da decisão, utilizar-se da *querela nullitatis*.
 3. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.
 4. Entendem que a citação é pressuposto de existência do processo, apenas para exemplificar: ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 39; TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 337-346; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. cit., p. 162-163; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 55; CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, p. 95-96; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 125; CORTES, Osmar Mendes Paixão.

Barbosa Moreira, Adroaldo Furtado Fabrício, José Maria Tesheiner entre outros citados ao longo deste capítulo. Essa lembrança é importante, pois, para esses autores, a *querela nullitatis* equipara-se a uma ação declaratória de inexistência⁵, e não a uma ação de invalidade.

Se já há processo antes da citação, que, a propósito, ocorre em seu bojo, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à ocorrência daquilo cuja existência se pretende condicionar. “A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste”.⁶ A citação é condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a total ausência de prejuízo (art. 249, §§ 1º e 2º, CPC). O indeferimento da petição inicial, por exemplo, é uma sentença liminar, com (prescrição e decadência) ou sem julgamento do mérito, favorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

O meio de impugnação previsto para tais decisões é a ação de nulidade denominada *querela nullitatis*⁷, que se distingue da *ação rescisória* não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever

“Ação rescisória contra decisão proferida em processo no qual incorreu citação ou a citação foi nula – discussão sobre o seu cabimento”. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2003, p. 558. Liebman, em conhecido estudo, contradiz-se: o título do trabalho é “nulidade da sentença proferida sem citação do réu” e no primeiro parágrafo o autor afirma que o “primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é, e sempre será, a citação do réu”. (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 179).

5. Por exemplo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 507 e segs.; TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. cit., p. 368.
6. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 504.
7. Piero Calamandrei, em estudo monumental, demonstrou que o surgimento da *querela nullitatis* deu-se no direito intermédio, sendo instituto desconhecido do direito romano (p. 164). A *querela nullitatis*, lembra o autor, relacionava-se basicamente aos *errores in procedendo*, que, no direito romano, implicavam inexistência jurídica da decisão – *sentença nula* era sinônimo de *sentença inexistente* (p. 168). Sucede que no direito intermédio, que se caracterizava pela mistura das características do direito romano e do direito germânico, esses *errores in procedendo* passaram a ser defeitos de uma *sentença existente*, mas nula, impugnável pela *querela nullitatis*. No direito intermédio, a expressão *sentença nula* indicava *sentença existente*. Defeitos que antes implicavam inexistência (direito romano) passaram a implicar nulidade (p. 168). Posteriormente, a *querela nullitatis* passou a ser admitida, também, para impugnar *sentenças injustas*, em situações de extrema gravidade e evidência (p. 195). No direito brasileiro, a *querela nullitatis* não serve para impugnar *sentença injusta*. Talvez essa rápida síntese histórica auxilie a compreensão dos motivos que levam a doutrina a, até hoje, misturar as noções de sentença inexistente e de sentença nula. (CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1961, v. 1, t. 1, p. 161-175). Também entendendo que se trata de alegação de invalidade da sentença, LUCON, Paulo. “Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação”. *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 453.

ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da *ação rescisória*). Ambas, porém, são ações constitutivas⁸.

Convém anotar o seguinte: a *ação rescisória*, no direito brasileiro, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua *validade* (arts. 485, II e IV, p. ex.) e à sua *justiça* (art. 485, VI e VII, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação *fidelidade* entre a *ação rescisória* e a invalidade da decisão judicial⁹. A *querela nullitatis* serve, porém, exclusivamente, à invalidação da sentença¹⁰, nesses casos previstos; a sua sobrevivência, no direito brasileiro, restringe-se a tais casos. A ação rescisória absorveu as outras hipóteses da antiga *querela nullitatis*.

Pontes de Miranda já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo¹¹.

A *querela nullitatis*, no direito brasileiro, está prevista como hipótese de cabimento de *impugnação* à execução de sentença (art. 475-L, I, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como hipótese de cabimento dos *embargos à execução contra a Fazenda Pública* (art. 741, I, CPC)¹².

Sucede que o direito potestativo de invalidar a decisão judicial, em tais casos, pode ser exercido por outros meios, bem como a *querela nullitatis* pode assumir a feição de outro procedimento, distinto dos *embargos à execução*.

8. Assim, por exemplo, CALAMANDREI, Piero. *La casacion civil*, cit., p. 169; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 11, cit., p. 86; LUCON, Paulo. “Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação”. *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 453.
9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 104.
10. É importante estabelecer a relação entre *querela nullitatis* e o *error in procedendo*. Adroaldo Furtado Fabricio explica, sucintamente, a evolução histórica do instituto: “O direito intermédio... produziu um remédio específico para a impugnação dos erros de procedimento, já que a *apelação* se havia firmado a partir do período da *cognitio extra ordinem* como via de ataque principalmente (se bem que não exclusivamente) ao julgamento de mérito. Surgiu, assim, a *querela nullitatis*... Objetivava a correção do *error in procedendo*. Naturalmente, seu aparecimento correspondeu a uma ideia mais expandida de preclusibilidade, alargada a decisões cujo vício até então se havia considerado como oponível a todo tempo, independentemente de prazo e de forma. (...) A injustiça substancial da sentença corresponderia a *appellatio*; ao vício formal a *querela nullitatis* e à iniquidade a *restitutio*”. (“Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246-247). Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 101; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Notas às Instituições de Direito Processual Civil de Giuseppe Chiovenda*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 233, nota 92.
11. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 190-199.
12. Reconhecendo a sobrevivência da *querela nullitatis* no direito brasileiro, ainda, STF, Pleno, RE 97.589-6/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.11.82.

É possível pensar, por exemplo, em ação autônoma de invalidação da decisão judicial, em espécie atípica de defesa do executado. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já admitiu a *querela nullitatis* deduzida em uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público para invalidar decisão judicial proferida sem a citação de um Estado-membro, no caso litisconsorte necessário-unitário¹³. É importante a ressalva, pois a hipótese do art. 475-L, I, CPC, refere-se apenas à sentença que reconhece a existência de obrigação, e, portanto, é título executivo, pois somente essa dá ensejo à atividade executiva. Sentenças que *não tenham eficácia executiva*, e que padecessem de tal vício, não poderiam ser invalidadas pela impugnação (art. 475-L, I) nem pelos embargos à execução (art. 741, I), porque execução não haveria¹⁴.

Nada impede, ainda, que se deduza a pretensão de desconstituição da sentença em *exceção de não-executividade*, defesa do executado sem a necessidade de garantia do juízo, por simples petição nos autos (muito semelhante à atual *impugnação à execução da sentença* e, por isso, atualmente sem muita importância)¹⁵. Consoante anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, é possível alegar a ausência de citação por simples petição. No caso de ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, cabe a *querela nullitatis* e, de igual modo, uma simples petição para que a questão seja apreciada e anulada a sentença. No referido caso, o STJ confunde, ao longo da fundamentação, inexistência com nulidade e ineficácia, bem como invalidação com rescisão.¹⁶

Discute-se muito se é possível o ajuizamento de *ação rescisória* contra *sentença nula*, ou se ela somente cabe nos casos de sentença rescindível. Cumpre admitir essa fungibilidade: decisão judicial com defeito transrescisório pode ser impugnada por *ação rescisória*, embora a recíproca não seja verdadeira – decisão judicial com vício rescisório só por *ação rescisória* pode ser impugnada¹⁷. No

13. STJ, 2ª T., REsp 445.664-AC, rel. originário Min. Peçanha Martins, rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 15.4.2004, publicado no DJ de 07.03.2005.

14. Mais uma vez, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 86.

15. Pontes de Miranda fala de *exceptio nullitatis* (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 83).

16. Acórdão da 2ª Turma do STJ, REsp n. 1.105.944/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 14.12.2010, publicado no DJe de 8.2.2011.

17. Corretamente, Adroaldo Furtado Fabrício, para quem “não se pode deixar de pensar em outras vias de dedução da pretensão a que se ligam os embargos do art. 741, I, fora desses embargos”, inclusive a ação rescisória (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 251). É importante frisar que, tendo em vista a reforma do CPC de 2005, não há mais embargos à execução de sentença, ressalvada a hipótese de execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC, que agora somente diz respeito a essa espécie de execução); a defesa típica do executado far-se-á por impugnação, que não tem natureza de ação, mas de

entanto, o STJ não tem admitido a utilização de ação rescisória para desconstituir decisão proferida em processo em que não houve citação, sob o fundamento que a rescisória tem cabimento específico, não comportando alargamentos (STJ, 2ª S., AR n. 771-PA, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 13.12.2006, publicado no Informativo n. 308). Em boa hora, porém, o STJ, aplicando os princípios da cooperação, instrumentalidade das formas e da duração razoável do processo, aproveitou os atos processuais já praticados no processo da ação rescisória inadequadamente proposta, converteu o procedimento em *querela nullitatis* e remeteu os autos ao juízo competente, em vez de determinar a extinção do processo sem exame do mérito (STJ, 1ª S., EDcl nos EDcl na AR n. 569-PE, rel. Min. Campbello Marques, j. em 24.08.2011).

“À objeção segundo a qual não se pode rescindir, desconstituir, desfazer o que não existe, facilmente se responde que o caso é de sentença existente, embora nula. E à de ser igualmente impassível de rescisão o ato nulo de pleno direito, porque desnecessária, igualmente se pode contrapor que a distinção entre nulo e anulável, ou entre nulidade absoluta e relativa, não tem a importância que lhe atribui a doutrina presa aos critérios discretivos acadêmicos: os vícios da sentença, mesmo os de nulidade dita *pleno iure*, são primeiro alegáveis mediante recurso, mas o superveniente trânsito em julgado em regra os transmuda em simples rescindibilidade, se é que não os apaga de todo”.¹⁸

Não é possível, entretanto, a utilização da *ação anulatória* prevista no art. 486 do CPC, que, como visto, visa atingir o *ato processual da parte*. Não se trata de meio de impugnação de decisão judicial¹⁹.

A competência para a *querela nullitatis* é do juízo que proferiu a decisão nula, seja o juízo monocrático, seja o tribunal, nos casos em que a decisão foi proferida em processo de sua competência originária.

É possível imaginar, porém, situação que a competência para a *querela* seja do tribunal, mesmo tendo ele atuado com competência derivada.

Imagine a hipótese de uma apelação contra sentença que indefere a petição inicial. O tribunal, ao julgá-la, dá-lhe provimento, reformando a sentença e, não obstante

mero incidente da fase executiva. Também admitindo várias formas de impugnação, TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 285.

18. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 262. Nesse mesmo sentido é a opinião de MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querela nullitatis – sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000, p. 34-35; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 271-272. No STJ, acolhendo essa fungibilidade, para exemplificar: 4ª T., REsp n. 330.293/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 06.05.2002, p. 295; 2ª T., REsp n. 242.580/PE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 13.08.2001, p. 94.
19. Contra, ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319; STJ, 3ª T., REsp n. 459.351/SP, rel. Min. Castro Filho, j. em 22.05.2003, publicado no DJ de 16.06.2003.

a não-citação do réu, julga procedente o pedido do autor. Cogite, ainda, de acórdão que julgou recurso interposto contra sentença proferida em processo em que não foi citado litisconsorte necessário unitário. Parece que a competência para futura *querela nullitatis*, em ambos os casos, é do tribunal que proferiu a decisão que se pretende deconstituir, por uma questão de respeito à organização hierarquizada da função jurisdicional. Poderia objetar-se essa conclusão com a regra do arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC, que prevê a competência da *querela nullitatis* para o juízo da sentença. Essa regra, porém, somente cuida dos casos em que houve sentença de procedência contra réu não-citado e, portanto, também não houve apelação. A competência do tribunal, nesses casos, é implícita: se é dele a competência para rescindir os próprios julgados, também será dele a competência para invalidá-los, não sendo razoável atribuir a um juízo de primeira instância a competência para deconstituir julgado de um tribunal.

Há uma última observação a ser feita.

Mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória, há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 214 do CPC). Para Pontes de Miranda, inclusive, se o réu, citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício, pela preclusão²⁰. A impugnação à execução de sentença é uma espécie de defesa²¹. Tanto mais se justifica e é atual, portanto, a lição de Pontes de Miranda: o oferecimento da impugnação, sem a alegação do vício transrescisório (art. 475-L, I), implica preclusão.

20. “Nos casos do art. 741, I, a não-arguição, tendo comparecido o executado, *supra*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. II, p. 77).

21. Assim, também, CÂMARA, Alexandre. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125; SANTOS, Erane Fidélis. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 60; BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 116-117.

CAPÍTULO XI

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1. Consideração introdutória – 2. Distinção entre a reclamação e a correção parcial – 3. Natureza jurídica – 4. Consequências da definição da natureza jurídica da reclamação constitucional – 5. O posicionamento do STF firmado no julgamento da ADI 2.212-1. A possibilidade de reclamação perante tribunais de justiça. A reclamação como exercício do direito de petição. Crítica – 6. A reclamação como demanda típica (fundamentação vinculada) – 7. A reclamação contra ato que desrespeitou enunciado da súmula vinculante do STF (Lei Federal n. 11.417/2006) – 8. Reclamação contra decisão de Juizados Especiais Cíveis Estaduais que contraria entendimento do STJ – 9. Reclamação e decisão transitada em julgado – 11. Procedimento – 12. Custas e honorários advocatícios na reclamação.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

A reclamação constitucional é uma ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais. De acordo com o art. 102, I, I, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Na dicção do art. 105, I, f, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões.

Há previsão de reclamação no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (arts. 190-194) e no Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral (art. 15, c/c art. 94). A Lei Federal n. 8.457/1992 (art. 6º, I, “f”), c/c os arts. 584-586 do Código de Processo Penal Militar e o Regimento Interno do STM (art. 105-107), autorizam a reclamação¹.

O Plenário do STF, ao dar provimento ao RE 405.031, entendeu ser inconstitucional a reclamação prevista no Regimento Interno do TST. Segundo entendeu o STF, seria inconstitucional criar ou prever a reclamação constitucional em regimento interno. Não havendo previsão constitucional, nem existindo lei (no sentido formal e material) prevendo a reclamação para o TST, é, segundo entendeu o STF em tal precedente, inconstitucional a reclamação para o TST, eis que prevista apenas em seu regimento interno.

1. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 271-301, amplamente; GÔES, Giselle. “Reclamação constitucional”. *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (coord.) Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 513.

Tal precedente, como restará evidente ao longo do presente capítulo, contraria a jurisprudência do próprio STF. Realmente, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, entendeu – e já reafirmou – que a reclamação constitucional não seria uma ação, mas mera manifestação do direito de petição. Sendo a reclamação mera manifestação do direito de petição, não haveria necessidade de previsão legal, pois o direito de petição é auto-executável, exercido diretamente, sem necessidade de regulamentação. Embora o STF entenda que se trata de mera manifestação do direito de petição, entende, contraditoriamente, ser necessária a previsão legal para que seja adotada a reclamação em outros tribunais que não sejam o próprio STF e o STJ. Ora, se entende que é direito de petição, deveria, consequentemente, entender desnecessária a regulamentação ou a previsão legal.

Se, diversamente, for adotado o entendimento deste *Curso*, segundo o qual a reclamação constitucional ostenta a natureza de ação, aí sim estaria correta a conclusão de ser inconstitucional a reclamação para o TST, eis que não prevista em qualquer norma jurídica, não podendo o regimento interno criar ações ou procedimentos novos não previstos em lei.

De todo modo, o STF, mesmo adotando o entendimento de que se trata de simples manifestação do direito de petição, concluiu não ser possível a reclamação constitucional para o TST, decretando a inconstitucionalidade das disposições regimentais que a prevêm.

Adota-se, assim, o posicionamento de que a reclamação tem natureza jurídica de ação. É exemplo de ação autônoma de impugnação de ato judicial.

Mas a questão não é pacífica.

2. DISTINÇÃO ENTRE A RECLAMAÇÃO E A CORREIÇÃO PARCIAL

A reclamação constitucional não se confunde com a *reclamação correicional* ou *correição parcial*. Esta constitui medida administrativa tendente a apurar uma atividade tumultuária do juiz, não passível de recurso. Ao que tudo indica, sua utilização era mais frequente sob os auspícios do Código de Processo Civil de 1939. É que, na sistemática do Código de Processo Civil de 1939, havia decisões interlocutórias irrecorríveis, sendo, em razão disso, utilizada, como meio de impugnação, a correição parcial ou a reclamação correicional. De fato, naquela época, o agravo de instrumento era o recurso cabível contra as decisões interlocutórias expressamente indicadas, significando dizer que *não era qualquer* decisão interlocutória que poderia ser alvo de um agravo de instrumento, mas *apenas* aquelas expressamente discriminadas no art. 842 do CPC/39 ou em dispositivo de lei extravagante².

2. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, n. 1.3., p. 62-65.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o agravo de instrumento passou a ser cabível contra *qualquer* decisão interlocutória. Diante disso, restou esvaziada a reclamação correicional ou a correição parcial, não devendo ser utilizada como meio de impugnação de decisões judiciais, por haver recurso com tal finalidade. E isso porque um mecanismo administrativo, em razão do princípio da separação dos poderes, não deve conter aptidão para atacar um ato judicial. Trata-se, enfim, de “medida administrativa de caráter disciplinar, à qual não se pode permitir o condão de produzir, cassar ou alterar decisões jurisdicionais no seio do processo”³.

Já a reclamação constitucional ostenta feição jurisdicional.

3. NATUREZA JURÍDICA

Como foi dito, a reclamação tem natureza de ação constitucional⁴.

Em primeiro lugar, porque depende de provocação de uma das partes ou do Ministério Público. É o que estabelecem o art. 156 do Regimento Interno do STF, o art. 187 do Regimento Interno do STJ e o art. 13 da Lei Federal n. 8.038/1990. Essa, como se sabe, é uma das distinções entre a atividade administrativa e a jurisdicional: enquanto a primeira pode ser realizada de ofício, a segunda depende de provocação.

Demais disso, a reclamação constitucional provoca, não a anulação ou reforma da decisão exorbitante, mas sua cassação (sem necessidade de o órgão inferior profêrir outra) ou a avocação dos autos, para a observância da competência do tribunal. Ora, “cassar uma decisão é típica atividade jurisdicional, sendo absurdo pensar em medidas puramente administrativas capazes de banir a eficácia de atos de exercício da jurisdição”⁵.

A isso tudo acresce que a propositura de reclamação constitucional exige *capacidade postulatória*, ou seja, representação técnica da parte por advogado devidamente constituído nos autos; a decisão proferida na reclamação produz coisa julgada; de sua decisão cabe a interposição de recursos, a exemplo do agravo interno e dos embargos de declaração; sendo possível haver em reclamação

-
3. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. “Correição parcial não é recurso (portanto, não deve ser usada como tal)”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursus cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 836.
 4. Dentre outros adiante citados, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 287; GÔES, Gisele. “Reclamação constitucional”, cit., p. 508.
 5. DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reclamação no processo civil brasileiro”. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, n. 100, p. 199.

constitucional a concessão de provimentos cautelares. Todas essas particularidades não estão presentes em procedimentos administrativos, razão pela qual a reclamação é, realmente, uma medida jurisdicional⁶.

Estabelecido que a reclamação consiste numa medida judicial, cumpre verificar se seu ajuizamento provoca o exercício da jurisdição contenciosa ou voluntária.

Independentemente da acirrada discussão doutrinária quanto à presença, na jurisdição voluntária, de características como a substitutividade e submissão à coisa julgada (normalmente não relacionadas à jurisdição voluntária, não obstante as divergências – conferir o v. I deste curso), e de tratar-se de atividade judicial ou administrativa, o certo é que a jurisdição voluntária assim se caracteriza por compreender atos autorizativos, homologatórios ou constitutivos de direitos. Em outras palavras, existem atos jurídicos que somente podem ser praticados por particulares, sob a supervisão, fiscalização, chancela ou autorização do Poder Judiciário. Daí ser necessária uma autorização, uma homologação ou uma atividade constitutiva. Essa é, em suma, a característica da jurisdição voluntária, que se destina à “administração de interesses particulares”, como se diz largamente no âmbito doutrinário.

Não é isso que ocorre com a reclamação constitucional, pois ela não se destina à “administração de interesses particulares”, não constituindo meio necessário para a realização de atos jurídicos, nem servindo para sua autorização, homologação ou constituição. À evidência, a reclamação constitucional provoca o exercício de uma jurisdição contenciosa, não se enquadrando como atividade de jurisdição voluntária.

Sendo atividade de jurisdição contenciosa, cumpre investigar se a reclamação é recurso, incidente processual ou ação.

A reclamação constitucional não detém a natureza de recurso. É que, para que dado mecanismo seja enquadrado na moldura de recurso, é preciso que esteja previsto em lei como tal. Realmente, de acordo com a regra da taxatividade, somente são recursos aqueles que integram um rol taxativo previsto em lei. Daí por que somente são recursos aqueles capitulados no art. 496 do CPC ou assim previstos em dispositivo de lei federal.

Ora, segundo entendimento majoritário⁷, o recurso é a *renovação* do exercício do direito de ação em uma fase seguinte do procedimento. Sendo assim, o recurso

6. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 439.

7. Ver, a respeito: JORGE, Flávio Chaim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-9.

(como, de resto, seus requisitos) constitui matéria processual. A criação de um recurso e de seus requisitos constitui matéria processual, e não procedimental. Daí a competência privativa da União para legislar sobre processo e, consequentemente, sobre recurso (CF/88, art. 22, I)⁸.

A reclamação constitucional não está prevista em qualquer dispositivo de lei federal como recurso, razão pela qual não deve ser qualificada como tal. Aliás, a reclamação está prevista no inciso I dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, estando, portanto, confinada nas hipóteses de competência *originária* do STF e do STJ, o que reforça a ideia de que *não* detém natureza recursal⁹. Ademais, o recurso, para ser interposto, depende da existência de sucumbência, gravame ou prejuízo imposto ao recorrente. Já a reclamação não depende da derrota, resultando, bem ao revés, da vitória, tendo o recorrente interesse em que a decisão que lhe fora favorável seja efetivamente cumprida ou, independentemente de derrota ou vitória, seja preservada a competência do tribunal¹⁰. Enquanto o recurso tem prazo, a reclamação não se sujeita a qualquer prazo preclusivo¹¹.

Tudo isso denota não ser a reclamação constitucional um recurso.

A reclamação constitucional também não se identifica como um incidente processual. Muito embora não haja uma noção precisa e bem delimitada do que seja incidente processual¹², é possível estabelecer os seus pressupostos, quais sejam, a) uma situação nova; b) que cai sobre algo que preexiste¹³. O incidente somente existe, se houver, antes, um processo judicial em curso. Surgindo um incidente processual, altera-se o curso do procedimento, podendo haver seu encerramento prematuro, com a extinção do processo, ou um retardamento, com um desvio de rota: o procedimento se suspende ou se altera em razão do incidente. A reclamação constitucional não preenche tais pressupostos, não se enquadrando, portanto,

-
8. Segundo ensina Arruda Alvim, grande parte das normas procedimentais – que poderiam ser editadas pelos Estados – já existiam no próprio CPC e em leis esparsas, antes de haver a previsão da competência concorrente no art. 24 da atual Constituição Federal. Então, restou bastante esvaziada a competência dos Estados para legislar sobre matéria procedimental, sobrando-lhes as normas respeitantes a cartas precatórias, a cartas de ordem etc. (*Manual de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 139-140.)
 9. MORATO, Leonardo Lins. “A reclamação prevista na Constituição Federal”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2000, p. 447.
 10. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 452-453.
 11. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 454.
 12. Sobre a delimitação do conceito de incidente processual e da fixação dos seus pressupostos, ver, por todos: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2000, p. 17-70.
 13. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, cit., p. 27.

como um incidente processual. Para que haja o incidente, é preciso, como visto, que preexistam um processo judicial. Pode haver reclamação constitucional sem que sequer haja processo anterior, mas simples inquérito policial, e ainda assim a competência do tribunal superior pode estar sendo usurpada, “por se tratar de inquérito que poderia redundar em denúncia contra pessoa que possuía foro privilegiado naquela corte, de modo que a própria atividade inquisitorial havia de ser ali conduzida”¹⁴.

A decisão do tribunal superior pode estar sendo descumprida por autoridade administrativa, daí sendo cabível uma reclamação, sem que haja, portanto, um *prévio* processo judicial – p. ex.: desrespeito a “súmula vinculante”, § 3º do art. 103-A da CF/88. É que, nesse caso, o descumprimento não ocorre num processo judicial, mas no exercício de uma atividade administrativa. Não há que se falar, portanto, em incidente processual, eis que não há processo judicial em curso. Não bastasse isso, o ajuizamento da reclamação não altera o curso do procedimento, não constituindo um incidente processual.

A reclamação constitucional consiste, a bem da verdade, numa *ação*, ajuizada originariamente no tribunal superior, com vistas a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados¹⁵. A reclamação contém, inclusive, os elementos da ação, a saber: partes, causa de pedir e pedido. Realmente, há o reclamante e o reclamado, contendo a formulação de um pedido e a demonstração de uma causa de pedir, consistente na invasão de competência ou na desobediência à decisão da corte.

4. CONSEQUÊNCIAS DA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como a reclamação constitucional é uma ação, somente pode ser disciplinada por lei federal, eis que a ação constitui matéria de processo, a cujo respeito é privativa a competência legislativa da União, a teor do que prescreve o art. 22, I, da Constituição Federal. A reclamação está disciplinada nos arts. 13-18 da Lei Federal n. 8.038/1990.

Além do mais, sendo a reclamação, como visto, uma ação que provoca o exercício da jurisdição contenciosa, a decisão nela proferida produz coisa julgada material. Em outras palavras, julgada uma reclamação, não poderá haver a

14. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 459

15. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 459-461; LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 171-179.

re-propositura de idêntica reclamação, mercê do óbice da coisa julgada. A decisão proferida na reclamação é alcançada pela coisa julgada, somente podendo ser revista mediante o ajuizamento de ação rescisória. Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO: GARANTIA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO S.T.F. (ART. 102, I, ‘I’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ART. 156 DO R.I.S.T.F.). COISA JULGADA. 1. Havendo sido julgada improcedente a Reclamação anterior, sem que os Reclamantes, no prazo legal, propusessem a Ação Rescisória, em tese cabível (art. 485, incisos VI e IX, do Código de Processo Civil) e na qual, ademais, nem se prescindiria de produção das provas neles exigidas e aqui não apresentadas, não podem pretender, com alegações dessa ordem, pleitear novo julgamento da mesma Reclamação, em face do obstáculo da coisa julgada. 2. Agravo Regimental improvido pelo Plenário do S.T.F. Decisão unânime”.¹⁶

Por ser ação, a reclamação constitucional segue a mesma regra das demais ações: exige, para sua propositura, que haja capacidade postulatória, de sorte que o reclamante deve fazer-se representar por advogado legalmente constituído. Daí a importância de se fixar a natureza jurídica da reclamação constitucional.

Parece, realmente, que a Lei nº 8.038/1990, ao disciplinar a reclamação constitucional, levou em conta sua natureza de ação que provoca o exercício da jurisdição contenciosa, eis que, em seu art. 15, prevê o contraditório, sendo certa, ainda, a existência de uma pretensão a ser acolhida ou rejeitada pelo tribunal¹⁷.

Sendo a reclamação constitucional uma ação, somente pode ser tratada, além das disposições constitucionais já existentes, por lei federal, exigindo-se, para sua propositura, a capacidade postulatória. Ademais, a decisão nela proferida produz coisa julgada material.

5. O POSICIONAMENTO DO STF FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 2.212-1. A POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO PERANTE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. A RECLAMAÇÃO COMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PETIÇÃO – CRÍTICA

O Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se sobre o tema, chegando, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212-1/CE, a definir qual a natureza jurídica da reclamação.

16. Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl 532 AgR/RJ, rel. Min. Sydney Sanches, j. 01/08/1996, DJ de 20/09/1996, p. 34.541.

17. MORATO, Leonardo Lins. “A reclamação prevista na Constituição Federal”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2000, p. 446.

Cumpra, a propósito, reportar-se à situação que rendeu ensejo ao ajuizamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade. A Constituição do Estado do Ceará, em seu art. 108, VII, *i*, confere ao respectivo Tribunal de Justiça competência para processar e julgar, originariamente, a “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Tal norma é secundada pelo art. 21, VI, *j*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça cearense, que atribui ao Plenário do Tribunal a competência para processar e julgar dita reclamação. O Governador do Estado ajuizou, então, a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade contra os referidos dispositivos, ao argumento segundo o qual a Constituição Federal teria reservado a reclamação ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos arts. 102, I, *f* e 105, I, *f*. Além do mais, ao estabelecer competência para os Tribunais Regionais Federais, o art. 108 da Constituição Federal não previu a reclamação, não sendo possível que os Tribunais estaduais assim o fizessem, sob pena de desbordar dos limites do art. 125 da Constituição da República. E, finalmente, a previsão de reclamação constitui matéria de processo, cabendo à União legislar, privativamente, sobre o assunto, de forma que também estaria violado o art. 22, I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, não obstante tenha concedido a medida liminar, julgou, ao final, improcedente o pedido formulado na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212-1/CE, em acórdão que ostenta a seguinte ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA ‘J’ DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA.

1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.

3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente”.¹⁸

A Corte Constitucional, valendo-se de lições de Ada Pellegrini Grinover, considerou a reclamação constitucional como manifestação do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, em razão do qual o cidadão se dirige ao Poder Público, com vistas a obter a defesa de direito ou objetivando combater ilegalidade ou abuso de poder. E, como a petição pode assumir a feição de queixa, de reclamação ou de denúncia, seria curial que a reclamação estivesse inserida no âmbito do direito constitucional de petição.

Ainda segundo o entendimento firmado pelo STF, sendo a reclamação a manifestação de um simples direito de petição, aos Estados se franqueia a possibilidade de estabelecer, em suas Constituições, a reclamação para seus respectivos tribunais, podendo cada regimento interno fixar o procedimento e competência do órgão fracionário destinado ao seu julgamento. Com efeito, sendo a reclamação mero direito de petição, e de acordo com o *princípio da simetria*, permite-se que as Constituições Estaduais prevejam a reclamação destinada a preservar a competência dos tribunais de justiça e a garantir a autoridade de seus julgados.

O problema é que tal possibilidade resta afastada dos Tribunais Regionais Federais, pois estão inseridos no âmbito da Justiça Federal, não estando compreendidos na estrutura de um Estado-membro, nem se subordinando a uma Constituição Estadual que, dada a *simetria* com a Federal, poderia outorgar-lhe a competência para processar e julgar uma reclamação. É sabido que a competência dos Tribunais Regionais Federais está definida no art. 108 da Constituição Federal, ali não havendo qualquer previsão para a reclamação destinada a preservação de competência ou garantia da autoridade de suas decisões.

Com o devido respeito ao entendimento adotado pela Corte Suprema, não parece que a reclamação deva ser enquadrada como manifestação do direito de petição. É que o direito de petição pode ser exercido tanto no âmbito administrativo como na seara judicial. E a reclamação, como se viu, constitui medida judicial, não ostentando feição administrativa. Além do mais, se realmente a reclamação consistisse numa manifestação do direito de petição, não haveria razão para exigir-se a capacidade postulatória, quando de sua propositura, sendo igualmente

18. Acórdão não unânime do Pleno do STF, ADIn 2.212-1/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/10/2003, DJ de 14/11/2003.

incompatível com sua natureza de mero direito de petição entender que sua decisão produz coisa julgada material. Parece, sem embargo do entendimento firmado pelo STF, que a reclamação é, efetivamente, uma *ação*, e não a manifestação de mero direito de petição.

De qualquer sorte, segundo o entendimento firmado pelo STF, a reclamação constitucional não é ação, nem incidente processual, revestindo-se da natureza de simples direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal. Por consequência, se houver previsão na Constituição Estadual, admite-se reclamação perante Tribunal de Justiça, aplicando-se por analogia a Lei Federal n. 8.038/1990. No entender do STF, não se viabiliza a reclamação para os Tribunais Regionais Federais.

Como corolário da orientação ministrada pelo STF, não se pode exigir custas para o ajuizamento da reclamação, porquanto, consistindo numa manifestação do direito de petição, seu exercício está garantido independentemente do pagamento de taxas (CF/88, art. 5º, XXXIV, “a”).

Para que se mantenha coerência com o entendimento firmado pelo STF, se a reclamação constitui simples direito de petição, não será preciso obedecer-se a uma forma rígida de procedimento, caracterizando-se pela informalidade, com a simples indicação de quem seja o peticionário e com a narrativa sumária do ocorrido, devendo o tribunal responder desde logo, sem necessidade de se instaurar um contraditório ou de se colher informações ou, até mesmo, de encaminhar o pedido ou os autos ao Ministério Público.

O direito de petição provoca o exercício de uma atividade administrativa, que poderia ser exercida de ofício, não se submetendo à coisa julgada. Logo, diante da orientação ministrada pelo STF, é lícito concluir que:

a) Sendo uma manifestação do simples direito de petição, a reclamação para a preservação de competência e garantia da autoridade das decisões pode ser intentada perante *qualquer* órgão do Poder Público, sendo cabível junto aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça, ou, até mesmo, perante os juízos de primeira instância, *embora não seja essa a orientação do próprio STF*, como visto;

b) Não se pode exigir pagamento de custas para o ajuizamento de reclamação, justamente por tal medida se revelar como manifestação do direito de petição (CF/88, art. 5º, XXXIV, “a”);

c) Não há formalidade no procedimento da reclamação, eis que se trata de mero exercício do direito de petição;

d) A decisão proferida na reclamação não se sujeita à coisa julgada, exatamente por ser decorrência de um simples direito de petição;

e) Não se deve exigir capacidade postulatória para ajuizamento da reclamação, pois se trata de mero direito de petição.

Se é certo que uma interpretação analógica poderia autorizar a reclamação perante tribunais de justiça, até como mecanismo para dar efetividade ao processo, não havia necessidade de tomar como premissa a natureza de simples petição para a reclamação; mesmo sendo ação, àquela conclusão poderia chegar-se com certa facilidade. As demais conclusões não parecem corretas, exatamente porque não se deve enquadrar a reclamação como simples direito de petição. Considerando, porém, que assim foi definida a reclamação constitucional pelo STF, dessa sua natureza jurídica extraem-se tais conclusões.

O equívoco do entendimento do STF é reforçado com as contradições encontradas. O STF, conquanto tenha definido que a reclamação constitui mero exercício do direito de petição, estabeleceu que somente os Estados-membros podem prever, em suas respectivas Constituições Estaduais, a reclamação para a preservação de competência e garantia da autoridade das decisões de seus tribunais de justiça, cujos regimentos internos podem estabelecer regras de processamento e julgamento da reclamação; os Tribunais Regionais Federais não podem, segundo o STF, processar e julgar reclamação constitucional, muito embora constitua exercício do direito de petição.

O STF terá, a partir de então, de rever sua jurisprudência para concluir não haver coisa julgada material que se forme a partir do julgamento da reclamação, deixando-se de exigir a capacidade postulatória para seu ajuizamento e passando a ser informal quanto aos requisitos para a sua propositura, dispensando, inclusive, a necessidade de preparo ou de pagamento de custas ou taxas. Tais consequências, como bem se percebe, não se coadunam com a sistemática da reclamação, razão pela qual se afigura equivocado, com o devido respeito, o entendimento firmado pelo STF, segundo o qual a reclamação consistiria num exercício do direito de petição. Trata-se, a bem da verdade, de uma ação, somente podendo ser disciplinada, a par das regras constitucionais, por lei federal.

6. A RECLAMAÇÃO PERANTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Consoante restou acentuado no item anterior, o STF entende que a reclamação constitucional pode ser intentada perante os tribunais de justiça, desde que haja previsão na respectiva Constituição Estadual e, ainda, no regimento interno do tribunal. A adoção da reclamação constitucional no âmbito dos tribunais de justiça, segundo entendimento firmado pelo STF, decorre do princípio da simetria e, bem ainda, do princípio da efetividade das decisões judiciais. O mesmo STF, ainda, entendeu que a simples previsão de reclamação em Regimento Interno do

TST é insuficiente para autorizar o seu processamento – sem previsão legal não pode haver reclamação.

A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento no princípio dos poderes implícitos: os tribunais têm poderes implícitos, a exemplo do poder geral de cautela. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esse poder implícito, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais.

Acontece, porém, que o STF entende que a reclamação constitucional pode ser intentada perante os tribunais de justiça, somente se houver previsão na Constituição Estadual e, igualmente, no regime interno do respectivo tribunal, em razão do princípio da simetria. O princípio da simetria, como se sabe, impõe a reprodução de algumas regras de competências federais para o âmbito estadual. Assim, se o STF, que é o órgão de cúpula, tem competência para processar e julgar reclamação constitucional, o tribunal de justiça, que, simetricamente, é o órgão de cúpula do Estado-membro, teria competência para processar e julgar a reclamação, com vistas a exercer seus poderes implícitos de fazer valer suas decisões e impor respeito às suas atribuições institucionais. O princípio da simetria relaciona-se, como se observa, com o federalismo. O órgão de cúpula de cada Estado-membro deve ser correspondente, de maneira simétrica, ao órgão de cúpula da União, não sendo diferente com os órgãos do Poder Judiciário. O STF firmou esse seu entendimento no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, tratando-se, portanto, de orientação vinculante. Cumpre reiterar que, ao firmar esse entendimento, o STF valeu-se de vários argumentos: a) a reclamação situa-se no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, consagrando-se, então, como um direito de qualquer legitimado perante qualquer tribunal; b) o instituto da reclamação está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais, constituindo um importante instrumento de defesa das garantias constitucionais do processo; c) o fundamento da reclamação constitucional decorre do princípio dos poderes implícitos; d) no âmbito dos Estados-membros, é possível caber reclamação constitucional em razão do princípio da simetria, desde que prevista na Constituição Estadual e, igualmente, no regimento interno do respectivo tribunal.

Não há lei que preveja reclamação perante o Tribunal Regional Federal. Essa circunstância por si já seria suficiente para que, na linha da jurisprudência do STF, não se admitisse reclamação perante esse tribunal. Além disso, os tribunais

regionais federais não são, como é evidente, órgãos de cúpula dos Estados-membro. Eles compõem a organização da Justiça Federal, sendo seus órgãos de segunda instância. Assim, mais um dos fundamentos que compõe a *ratio decidendi* da orientação firmada pelo STF não se encaixa na realidade dos tribunais regionais federais. Se a reclamação é cabível no âmbito do tribunal de justiça em virtude do princípio da simetria, tal fundamento não se revela adequado relativamente aos tribunais regionais federais. Por tal motivo, também não seria cabível a reclamação no âmbito do TRF¹⁹.

Mas o desenvolvimento histórico da reclamação prescindiu da existência de lei; a ação surgiu a partir da aplicação da teoria dos poderes implícitos do tribunal, como o próprio STF reconhece. A Lei n. 8.038/1990, que regulamenta a reclamação perante o STF e o STJ, e que serve como parâmetro para a reclamação perante o TJ, é posterior à consolidação do instituto na jurisprudência do STF. Atualmente, seria possível, por idênticas razões, construir a reclamação perante o TRF pela interpretação do direito positivo brasileiro, agora com mais facilidade, tendo em vista a ampla consagração da reclamação tanto na jurisprudência quanto na legislação. A reforçar essa linha de argumentação, há ainda a circunstância esquisita, de difícil compreensão para o leigo, de admitir-se reclamação perante o TJ e não admitir-se reclamação perante o TRF.

19. PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PARA FIM DE PRESERVAÇÃO DA AUTORIDADE DE DECISÃO JUDICIAL. PROVIDÊNCIA NÃO INCLuíDA NA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS FEDERAIS QUE NÃO O STF E O STJ. REPRESSÃO DO DESCUMPRIMENTO DO DECISUM NA ÓRBITA PENAL.

1 - Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado em decisões do seu Plenário, a reclamação para fim de preservação da autoridade das decisões judiciais, por ser matéria inscrita na competência constitucional da União para legislar sobre o processo, não pode ser criada apenas nos Regimentos dos Tribunais (Embargos na Representação nº 1.092/DF, in DJ de 23.05.86, p. 8.782, e ADIn nº 2.212-1/CE, in DJ de 30.03.2001, p. 80).

2 - Havendo, no vigente direito positivo brasileiro, previsão do instituto da reclamação com essa finalidade tão-só na competência do Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, I, "I") e do Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 8.038, art. 13), não cabe processar esse tipo de procedimento no âmbito deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tanto mais que o seu Regimento Interno silencia sobre a matéria.

3 - O STF, entretanto, no julgamento da ADIn nº 2.212-1/CE admitiu como legítima, em face da disposição constitucional que permite aos Estados organizarem suas Justiças (art. 25 da CF/88), a possibilidade de adoção do instituto da reclamação pelo Estado-membro, por via de legislação local.

4 - Sem embargo, a necessidade de preservação da autoridade das decisões judiciais, como corolário do princípio da efetividade da Justiça, autoriza, em caso de seu descumprimento, o oferecimento de *notitia criminis* para fim de apuração de responsabilidade penal, perante o Ministério Público ou junto ao órgão judicial competente para processar e julgar os responsáveis.

5 - Descabe, entretanto, *in casu*, receber a reclamação como representação para os fins do art. 40 do Código de Processo Penal, eis que, a par de as autoridades a que é atribuído o fato não terem foro especial perante esta Corte, não se vislumbra, na sua conduta, o dolo específico reclamado pelo art. 319 do Código Penal, porque decorrente do cumprimento de medida provisória já transformada em lei.

6 - Agravos Regimentais improvidos." (AGRRL 2003.01.00.009467-6/DF, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Corte Especial, DJ p.03 de 01/04/2004).

Enfim, a jurisprudência do STF permite que se desenvolvam argumentos favoráveis e contrários à possibilidade atual de uso da reclamação perante o TRF. Entendemos, porém, que a tese da “necessidade de previsão legal” tende a prevalecer na jurisprudência e, assim, enquanto não sobrevier lei que a regulamente, a reclamação perante tribunal regional federal não seria admitida.

7. A RECLAMAÇÃO COMO DEMANDA TÍPICA (FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA)

Exercício do direito de petição ou do direito de ação, a reclamação é uma demanda típica: somente pode ser utilizada em hipóteses previamente determinadas pelo legislador.²⁰

São duas as hipóteses.

a) Reclamação para a preservação da competência.

Cabe reclamação contra ato que importe usurpação da competência do tribunal. Alguns exemplos são úteis para revelar a extensão da medida.

i) Reclamação contra ato do Presidente do Tribunal que não remete ao STJ/STF agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso especial/extraordinário.

ii) Reclamação contra demora injustificada na apreciação de recurso especial/extraordinário. Em tal hipótese, a omissão do Presidente ou Vice-Presidente em exercer o juízo de admissibilidade caracteriza, obliquamente, usurpação de competência do STF ou do STJ, que, enquanto dura tal omissão, não pode exercer suas atribuições de bem apreciar o recurso ajuizado. Significa que, nessa situação, o tribunal local está usurpando competência do tribunal superior, pois se omite em apreciar a admissibilidade do recurso interposto pela parte interessada. Cabível, então, a reclamação por usurpação de competência.

Não se nega que o tribunal de origem tenha competência, por meio de seu Presidente ou Vice-Presidente, para exercer o juízo de admissibilidade de recursos extraordinários. O que há, em tal exemplo, é a *omissão* no exercício desse juízo, omissão essa que está a violar regra de competência, na medida em que impede o envio dos autos ao tribunal superior, usurpando sua competência para análise

20. Neste sentido, aderindo ao posicionamento defendido no texto, LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 249.

do recurso excepcional²¹. Em outras palavras, a demora excessiva ou injustificada na remessa do recurso para o tribunal superior pode caracterizar usurpação de competência, sendo cabível, portanto, a reclamação²².

iii) Reclamação contra a omissão do tribunal na remessa dos autos do processo, após ter sido reconhecida a sua suspeição. Admitida a parcialidade do tribunal, a causa torna-se da competência do STF (art. 102, I, “n”, CF/88). Assim, a não remessa dos autos implica usurpação da competência do tribunal superior.

iv) Alguns tribunais, para burlar a regra de competência mencionada na hipótese “ii”, convocam juízes de primeira instância para compor o *quorum* e evitar a remessa dos autos ao STF. Esse comportamento já foi considerado como usurpador da competência do STF²³.

v) Reclamação contra ato do juiz de primeira instância, que suspende o processamento da execução, em razão da pendência de ação rescisória. Neste caso, somente o tribunal a quem compete julgar a ação rescisória poderia determinar a suspensão do procedimento executivo.

b) Reclamação para garantir a autoridade da decisão do tribunal.

Cabe reclamação contra ato que importe desrespeito/desobediência a uma decisão do tribunal. A reclamação é cabível quando haja ofensa à decisão específica do tribunal.

Não é cabível, entretanto, reclamação contra decisão do próprio tribunal. O tribunal não pode ser tido como desobediente dele mesmo. Segundo anotado em precedente do Supremo Tribunal Federal, “a reclamação não pode constituir via adequada a casar decisão do próprio Tribunal. De outra parte, não é a reclamação instrumento que possa corresponder a pedido de reconsideração de decisum da Corte”.²⁴ Isso porque a reclamação não tem natureza recursal, mas corregedora. É por esse motivo que o STF entende que “não cabe reclamação contra atos decisórios dos ministros ou das

-
21. Nesse sentido: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 482-483; e, também, em: *Reclamação Constitucional. Procedimentos Especiais Cíveis: legislação extravagante*. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368-369. No mesmo sentido: MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, n. 9.5, p. 183-184; e, também, em: “A reclamação prevista na Constituição Federal”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. Coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2000, p. 444.
 22. Assim já decidiu o STF, Pleno, RCLP-499, rel. Min. Luiz Gallotti, *RTJ* 27-01/150.
 23. STF, RCL n. 1.933-AM, rel. Min. Celso de Mello, 16.5.2002; RCL 1.004/AM, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25.11.1999, DJ de 04.02.2000, p. 5; em sentido diverso, STF, AO 106/MS, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07.10.1993, DJ de 18.03.1994, p. 5.149.
 24. Acórdão do Pleno do STF, Rcl 647, rel. Min. Néri da Silveira, j. 19/6/1997, *DJ* 10/8/2001, p. 4.

Turmas que integram esta Corte Suprema, dado que tais decisões são juridicamente imputadas à autoria do próprio Tribunal em sua inteireza”.²⁵ Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende não ser cabível a reclamação contra ato do próprio tribunal²⁶, não a admitindo igualmente como sucedâneo de recurso, a fim de combater atos judiciais de que caiba recurso próprio previsto em lei.²⁷ Cabe, enfim, a reclamação constitucional quando houver desobediência a alguma decisão do tribunal por parte de algum *outro* órgão jurisdicional ou administrativo.

Não se admite sua propositura para assegurar o respeito a entendimento jurisprudencial, ou seja, não cabe a reclamação em razão de mera contrariedade à orientação jurisprudencial do tribunal²⁸ – ver, porém, as considerações feitas em relação à “objetivação do recurso extraordinário” e suas consequências, no capítulo a esse recurso destinado.

Alguns exemplos são úteis para revelar a extensão da medida.

i) Reclamação contra ato judicial contrário a preceito consagrado na súmula vinculante do STF em matéria constitucional. Essa reclamação pode ser ajuizada também contra ato de autoridade administrativa que desobedeça a comando sumulado (art. 103-A, § 3º, CF/88). Sobre a reclamação contra ato administrativo que desrespeite enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional, ver item exclusivamente dedicado ao tema, mais à frente.

ii) Reclamação contra ato judicial que desobedeça a decisão do STF em ADI ou ADC, definitiva ou liminar²⁹, e que possuem eficácia vinculante.

É o que ocorre, frequentemente, com o acórdão proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, em cujo julgamento o STF proclamou a *constitucionalidade* das restrições e vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, contidas na Lei nº 9.494/1997. Significa que a Fazenda Pública pode intentar uma *reclamação constitucional* perante o Supremo Tribunal Federal, caso tenha sido concedida a tutela antecipada em uma das hipóteses vedadas pela Lei nº 9.494/1997. Na realidade, a decisão concessiva da tutela antecipada, nas hipóteses vedadas pela Lei nº 9.494/1997, entra em frontal testilha com a determinação do STF no julgamento da ADC nº 4, a qual vincula todos os órgãos jurisdicionais.

25. Acórdão do Pleno do STF, Rel 3.916 AgR, rel. Min. Carlos Britto, j. 12/6/2006, DJ 25/8/2006, p. 16.

26. Acórdão da Corte Especial do STJ, Rel 509/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 3/6/1998, DJ de 29/6/1998, p. 1.

27. Acórdão da 2ª Seção do STJ, AgRg na Rel 2.975/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 27/5/2009, DJe 4/6/2009.

28. Nesse sentido: decisão do Ministro Teori Albino Zavascki, do STJ, na Reclamação 1.548-SC, publicada na *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 13 (abril-2004), pp. 187-188.

29. Rel (QO) n. 1.507-RJ e Rel (QO) n. 1.652-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.9.2000. RCL 777-DF, 785-RJ, 800-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 10.4.2002.

Resta saber o seguinte: nos casos em que a tutela de urgência em liminar de ADI é indeferida, os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficam vinculados à referida decisão? Seria cabível o manejo da reclamação constitucional para preservar a autoridade da decisão do Supremo? Parece que, em ambos os casos, a resposta é afirmativa, tendo em vista que, ao não conceder medida em ADI, o STF está ratificando, ainda que provisoriamente, a presunção de constitucionalidade do ato impugnado, mantendo com isso a sua eficácia plena, o que impede que haja manifestação em contrário por parte dos demais órgãos jurisdicionais³⁰.

iii) Reclamação contra ato judicial que determina a execução de um julgado de maneira diversa daquela determinada pelo STF.

A partir desses exemplos, pode-se extrair uma conclusão, sendo necessário fazer uma distinção fundamental.

No julgamento da reclamação n. 7.358, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *capacidade processual* do Ministério Público Estadual de propor, como autor, reclamação perante o STF. A tese vencida era a de que o MPE somente poderia ajuizar a reclamação no STF se o Procurador-Geral da República a ratificasse. O fundamento desse entendimento é o seguinte: somente o PGR teria capacidade para atuar no STF, de acordo com a CF/88. Prevaleceram, porém, as ponderações dos ministros Ayres Brito e Gilmar Mendes. O primeiro afirmou que o Ministério Público é uma instituição gênero, compartimentada em duas espécies – o Ministério Público da União e o Ministério Público Estadual. Cada uma dessas espécies é dotada de autonomia administrativa e funcional. Segundo ele, seja qual for o agente que officie neste ou naquele processo, o que se faz presente é o Ministério Público. O ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela capacidade do MPE para ajuizar esse tipo de ação no STF. Para o ministro, não há monopólio da representação por parte do procurador-geral, nem hierarquia com relação ao MP estadual. Seria um tipo de tutela do MPE pelo órgão federal, o que representaria lesão ao modelo federativo, concluiu o ministro Gilmar Mendes.

O precedente é importantíssimo para que se redefinam as atribuições processuais do MP. Há várias questões ainda em aberto; essa decisão pode iluminar a discussão. Eis algumas: a) O PGR tem capacidade processual exclusiva para atuar no STF como *custos legis*. Essa decisão reforça essa tese. No caso, tratava-se de uma reclamação ajuizada pelo MPE contra decisão do TJ/SP, que contrariava enunciado de súmula vinculativa do STF. b) É preciso perceber que o MP pode exercer no processo diferentes funções: pode ser parte e pode ser fiscal da lei. Pode-se cogitar de um órgão do MP para o exercício de cada uma dessas funções. Nesta reclamação, o PGR atuaria como *custos legis*, podendo, inclusive, manifestar-se contrariamente à pretensão do MPE. Do mesmo modo, parece-me que o órgão do MPE, que é parte, tem o direito de

30. É o que vem entendendo o STF (cf., p. ex., RCL 2.381 AgR/MG, RCL 2.509 MC/BA, RCL 2.623/PR, RCL 2.652 MC/MG, RCL 2.669 MC/BA), embora haja recente julgado em sentido contrário (RCL 2810 AgR/MG, Informativo n.º 370).

fazer sustentação oral das suas razões. c) O precedente reforça a tese de que, no STJ, pode o órgão do MPE sustentar oralmente as suas razões, cabendo ao Subprocurador Geral da República (MPF) atuar como *custos legis*. d) O precedente também serve como argumento para quem defende a tese de que o MPE pode de mandar perante a Justiça Federal e o MPF, perante a Justiça Estadual. Não haveria qualquer restrição constitucional neste sentido. () importante é verificar de quem a competência para julgar a causa e se o MP tem legitimidade para discuti-la em juízo; não haveria, porém, qualquer relação entre MPE/Justiça Estadual e MPF/Justiça Federal.

É preciso, com efeito, observar se a decisão cuja autoridade se pretende garantir foi proferida em processo subjetivo ou em processo objetivo.

Proferida, num processo subjetivo, decisão em recurso especial ou em recurso extraordinário, caberá reclamação, respectivamente, para o STJ ou para o STF, se o juiz ou qualquer outra autoridade jurisdicional descumpri-la. A reclamação será inadmissível contra ato de autoridade administrativa que desrespeitar tal decisão³¹. Imagine-se, por exemplo, que alguém impetra mandado de segurança contra determinada autoridade federal perante um juiz federal de primeira instância. Denegada a segurança e confirmada tal denegação pelo respectivo TRF, suponha-se que o STF conheça e dê provimento ao recurso extraordinário para conceder a segurança. Caso a autoridade federal recuse cumprimento à ordem, desrespeitando a decisão proferida pelo STF, não cabe reclamação. Caberá o ajuizamento de simples petição ao próprio juízo de primeira instância para impor o cumprimento da ordem. A este cabe executar a ordem ou impor seu cumprimento, exatamente por ser o juiz natural da execução. Se, todavia, nesse mesmo exemplo, for o juiz de primeira instância que recusar cumprimento ao acórdão do STF, deixando de impor a ordem à autoridade administrativa, aí sim caberá a reclamação ao STF por afronta à autoridade de seu julgado.

Nas palavras de Alexandre Moreira Tavares dos Santos, “no STF e no STJ não é função do órgão colegiado, mediante processo de reclamação, executar e fazer executar as decisões do tribunal que forem desrespeitadas por qualquer parte do processo, seja ela um particular ou uma autoridade administrativa”³².

De igual modo, se a decisão do STF ou do STJ, proferida em ação originária, não for cumprida por autoridade administrativa, não caberá reclamação, mas simples execução do julgado, mediante petição, nos próprios autos, em que se deve pedir seja determinado o cumprimento do acórdão³³. Nesse caso, revela-

31. SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. “Da reclamação”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2003, n. 808, p. 131-134.

32. “Da reclamação”, cit., p. 133.

33. *Em sentido contrário, admitindo a reclamação*: “EMENTA: ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE, EM MANDADO DE SEGURANÇA, ANULOU O ATO DEMISSÓRIO DE SERVIDOR E, SEM PREJUIZO DA INSTAURAÇÃO DE NOVO PROCESSO DISCIPLINAR, DETERMINOU A

-se desnecessário instaurar-se outra demanda (a reclamação, no caso), quando a solução deve dar-se nos mesmos autos, em execução do julgado. Significa que, em hipótese assim, não há interesse de agir na reclamação constitucional, à mingua de necessidade da tutela jurisdicional perseguida, exatamente por ser suficiente a simples execução³⁴.

A situação muda, quando a decisão desrespeitada tiver sido proferida em processo objetivo, em que se exerce o controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Julgada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade ou, ainda, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sua decisão produz efeitos vinculantes *erga omnes*.

A reclamação é cabível, se a decisão proferida num processo objetivo formado por uma dessas ações de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade não for atendida por órgão jurisdicional ou administrativo. Se algum órgão legislativo, desconsiderando o conteúdo da decisão, elabora lei ou norma com conteúdo que afronta a interpretação dada pelo STF, contra tal lei não cabe intentar uma reclamação ao STF, mas sim uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. O legislador é livre para, no exercício de sua atividade legiferante, editar norma que contrarie o entendimento do STF. O efeito vinculante das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (CF/88, art. 102, § 2º) não alcança os órgãos do Poder Legislativo³⁵.

8. ARECLAMAÇÃO CONTRAATO QUE DESRESPEITOU ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE DO STF (LEI FEDERAL N. 11.417/2006)

A Lei Federal n. 11.417/2006 regulamentou a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional.

REINTEGRAÇÃO DESTE PROCESSO INSTAURADO SEM O RETORNO DO SERVIDOR AO SEU CARGO. Caso configurador de desacato a decisão do STF, em sua parte final. Reclamação parcialmente deferida.” (Acórdão do Pleno do STF, Rcl 501/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 20/9/1995, DJ de 20/10/1995, p. 35.254).

34. SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. “Da reclamação”, cit., p. 133.

35. “EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia *erga omnes*, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão” (Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl-Agr 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/2/2005, DJ de 20/5/2005, p. 7).

O legislador esclarece, inicialmente, que a utilização da reclamação, nessa hipótese, é sem prejuízo dos outros recursos ou meios admissíveis de impugnação (art. 7º, Lei Federal n. 11.417/2006). Há, assim, um *cúmulo* de meios de impugnação. Na verdade, considerando que não cabe reclamação contra decisão judicial transitada em julgado (Súmula do STF, n. 734), parece indispensável, em algumas hipóteses, que, para se ajuizar reclamação, seja interposto o recurso cabível, com o que se impedirá a formação de coisa julgada.

Muito embora a regra refira-se a medidas concorrentes contra decisão judicial ou ato administrativo, o referido diploma legal destinou mais atenção à reclamação contra ato administrativo que contrariar o enunciado da súmula vinculante.

Como técnica para evitar o acúmulo de *reclamações* no STF, foi imposta uma restrição, *em princípio razoável*, ao manejo dessa reclamação contra omissão ou ato da administração pública: exige-se o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, Lei Federal n. 11.417/2006).

A limitação, embora *em tese* razoável, e, portanto, constitucional, pode, *em concreto*, mostrar-se exagerada, quando, então, poderá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade, após a aplicação do princípio da proporcionalidade. O condicionamento do exercício do direito à jurisdição pode ser feito pelo legislador, mas não pode significar o aniquilamento deste direito. O exame do interesse de agir, lembre-se, exige a verificação das peculiaridades do caso concreto. Não se justifica constitucionalmente, à luz do direito fundamental à inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF/88), qualquer regra legal que condicione o exercício do direito de agir a um prévio esgotamento de instâncias extrajudiciais, a pretexto de demonstração do interesse de agir, sem exame das peculiaridades do caso concreto. Não se pode, *a priori*, definir se há ou não interesse de agir. O legislador não tem esse poder de abstração. Utilidade e necessidade da tutela jurisdicional não podem ser examinadas *em tese*, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Não é sem razão, aliás, que o interesse de agir deve ser *concreto e atual*, devendo: “dizer respeito a uma relação jurídica específica e individualizada, concernindo, ainda, a uma providência judicial determinada, tudo em decorrência do que constar da causa de pedir e do pedido insertos na petição inicial³⁶.”

Há ainda outro argumento. A Constituição passada permitia que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário – art. 153, § 4º, da CF/1969³⁷. A CF/88

36. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, n. 3.2, p. 103.

37. Art. 153, § 4º, da CF/69, com a redação da EC n. 7/77: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exau-

não repetiu a ressalva. A mudança na redação dos dispositivos afasta qualquer interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias atuais. A única imposição *constitucional* de esgotamento de vias extrajudiciais ocorre nas questões desportivas (art. 217, § 1º, CF/88). Não mais se admite a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado³⁸.

Obviamente, não se quer dizer que sempre haverá interesse de agir na *reclamação ajuizada sem o esgotamento da instância administrativa* – seria incorrer no mesmo erro: definir *a priori* o interesse de agir, em razão do direito fundamental de acesso ao Judiciário. É possível que essa condição da ação não se apresente em certas postulações, feitas sem a prévia provocação extrajudicial da administração pública. Caberá ao demandante expor a razão pela qual não pôde esperar a decisão administrativa, demonstrando a utilidade e a necessidade da intervenção do STF para corrigir o ato administrativo que contrariou o enunciado da súmula vinculante.

Interposto o recurso administrativo contra ato que contrariou o enunciado da súmula vinculante, “caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso” (§ 3º do art. 56 da Lei Federal n. 9.784/1999, acrescentado pela Lei Federal n. 11.417/2006).

O órgão competente para o julgamento do recurso administrativo deve explicitar as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso (art. 64-A, Lei Federal n. 9.784/1999, acrescentado pela Lei Federal n. 11.417/2006).

As regras são bem interessantes. É razoável entender, inclusive, que essas exigências dispensam as *informações* no procedimento da *reclamação*, providência prevista no art. 14 da Lei Federal n. 8.038/1990, e que, no caso da reclamação contra ato administrativo que desrespeitou enunciado da súmula vinculante, parece ter sido imposta como conduta extrajudicial obrigatória à administração pública.

Finalmente, “acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de

ram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido”.

38. Sobre o assunto, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278-296.

responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal” (art. 64-B, Lei Federal n. 9.784/1999, acrescentado pela Lei Federal n. 11.417/2006).

9. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS QUE CONTRARIA ENTENDIMENTO DO STJ

Este *Curso* tem advertido, ao longo de todos os seus volumes, sobre a necessidade da criação de mecanismos processuais mais adequados à tutela individual dos direitos individuais homogêneos (que dão azo às chamadas causas repetitivas). A par disso, pontuou-se a transformação do sistema jurídico brasileiro, que tem atribuído aos precedentes judiciais um valor cada vez maior.

Os fenômenos estão intimamente relacionados.

Devem as demandas repetitivas orientar-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, a fim de que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de segurança jurídica, com a indispensável garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

Nesse contexto, é relevante reportar-se a uma situação específica: em determinado tipo de demanda, o STJ já havia uniformizado o entendimento de que os consumidores de dado serviço de massa não tinham direito ao que vinham, repetidamente, postulando. A despeito da fixação desse entendimento pelo STJ, vários juízes de Juizados Especiais Cíveis Estaduais continuaram a acolher diversas pretensões, de idêntico teor, veiculadas em demandas repetitivas. O caso foi, então, submetido ao crivo do STF, que não admitiu o Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA, porque a questão não era constitucional. Não conformada com o resultado do julgamento proferido pelo STF, a parte interessada opôs embargos de declaração, tendo a Suprema Corte anunciado o cabimento da reclamação constitucional para o STJ (j. em 26.08.2009, publicado no DJe em 14.09.2009).

É sabido que não cabe recurso especial para o STJ de acórdão proferido no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, conforme já mencionado no capítulo sobre recurso especial. Em casos como esse ora retratado, cabe, no âmbito dos Juizados Federais, o pedido de uniformização da interpretação da lei federal.

Não há na Lei n. 9.099/1995, que cuida dos Juizados Especiais Estaduais, a possibilidade de ser intentado esse pedido de uniformização, nem cabe, como visto, recurso especial. É certo que a Lei n. 12.153/2009, que criou os Juizados Estaduais da Fazenda Pública, previu esse pedido de uniformização de jurisprudência para

o STJ, como será examinado logo abaixo (arts. 18 e 19). Talvez o mais adequado fosse defender a existência de um microsistema dos Juizados Estaduais e, assim, defender a aplicação analógica, neste ponto, da Lei n. 12.153/2009 às demandas dos Juizados Estaduais comuns. A questão, porém, ainda está indefinida. De todo modo, firmado entendimento no âmbito da jurisprudência do STJ, cabe aos órgãos dos Juizados Estaduais seguir a orientação ministrada por aquela Corte Superior, sobretudo quando se tratar de causas repetitivas, cujo regime jurídico exige um maior rigor no tocante à aplicação do princípio da isonomia e da segurança jurídica, impondo tratamento uniforme para quem se encontre em situação similar.

Ao STJ compete uniformizar a jurisprudência nacional em matéria de legislação federal. Essa é uma de suas atribuições constitucionais. Se os órgãos dos Juizados Estaduais estão a deixar, sistematicamente, de seguir a orientação ministrada pelo STJ, cabe a reclamação constitucional, a fim de garantir a incolumidade da principal função daquela Corte Superior. E, pela teoria dos poderes implícitos, deve-se conferir ao STJ a atribuição de fazer impor sua autoridade de órgão jurisdicional destinado a uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional³⁹.

Foi exatamente isso que entendeu o STF, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA. Em situações como essa, cabe ao STJ acolher a reclamação, ajuizada com fundamento no art. 105, I, f, da Constituição Federal, afastando a divergência com sua jurisprudência. A reclamação, nesse caso, somente é cabível, por não haver outro mecanismo apto a corrigir o grave problema de descumprimento sistemático da orientação firmada pelo STJ. Se coubesse recurso especial, não seria caso de reclamação. Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, compete ao STJ eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Estaduais e seus precedentes que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas.

Não foi esse, contudo, o entendimento do STJ, ao julgar a Reclamação n.3.692/RS, rel. Honildo Amaral de Mello Castro, j. em 14.10.2009, publicado no DJe em 03.11.2009, cujo acórdão ostenta a seguinte ementa:

“CIVIL. OBRIGAÇÕES. ESPÉCIES DE CONTRATOS. TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO.

1. Pretende o reclamante a cassação do acórdão proferido pela Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul ao

39. Somente se revela cabível a reclamação contra decisão de Juizado Especial Cível. Tratando-se de decisão de Juizado Federal ou de Juizado da Fazenda Pública, não cabe a reclamação, mas sim o incidente de uniformização de jurisprudência. Nesse sentido: STJ, 1ª S., AgRg na Rcl n. 6.016/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. em 23.11.2011, publicado no DJe de 29.11.2011.

argumento de que o referido julgado contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, esgotadas todas as vias recursais, já apanhadas pela coisa julgada.

2. O entendimento adotado no Juizado Especial diverge da pacífica orientação desta Eg. Corte de Justiça ao reconhecer que o prazo prescricional é de cinco anos, como reconhecido em julgamento proferido pela Segunda Seção em 12.08.09, no Resp 1.053.007/RS, pacificando o entendimento de que nas ações de cobrança objetivando a devolução de valores empregados na realização de obras de expansão de rede de energia elétrica em área rural, por sua natureza de obrigação contratual de empréstimo, ajustado em instrumento firmado pelas partes, em que o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos.

3. A Reclamação, portanto, ha de ser aferida quanto ao seu cabimento dentro dos estreitos liames dos seus pressupostos constitucionais.

4. Com efeito, o princípio constitucional do art. 105, I, F, da CF não pode se alargado em sua estreita previsão, mesmo em razão da segurança jurídica como entendido, posto que sem previsão constitucional e ou legal.

5. Esta Eg. Corte permissa vênia, não tem igualmente competência para rever decisões dos Juizados Especiais Estaduais por ausência de norma legal, muito menos através de Reclamação quando inexistente qualquer processo decidido nesta Corte, nenhuma decisão violada e, o que é mais grave, em processo apanhado pela coisa julgada.

6. Assim sendo, a pretensão do reclamante mostra-se totalmente incompatível com os objetivos tutelados pelo instituto processual-constitucional da Reclamação, tornando inviável o seu seguimento pela INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES DESTA CORTE SUPERIOR, NEM POR AFETAR A SUA COMPETÊNCIA FIXADA CONSTITUCIONALMENTE.

7. Negado seguimento à reclamação.”

Logo em seguida, contudo, foi ajuizada a Reclamação n. 3.752/GO, que se baseou na orientação traçada pelo STF e pela qual se perseguia providência jurisdicional que desfizesse decisão do Juizado Especial Estadual contrária a entendimento pacífico na jurisprudência do STJ.

Ao apreciá-la, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, submeteu a questão à Corte Especial, a qual houve por bem editar a Resolução n. 12, de 14 de dezembro de 2009, que prevê, expressamente, a reclamação com tal objetivo, admitindo, até mesmo, a concessão de provimento liminar que ordene a suspensão de todos os casos similares em curso no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Aliás, já com base na Resolução n. 12/2009, a Ministra Nancy Andrighi concedeu liminar, em decisão que ostenta a seguinte ementa:

“RECLAMAÇÃO. PEDIDO LIMINAR. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PERIGO DE DANO. SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS

VERSANDO SOBRE CONTROVÉRSIA SEMELHANTE À DOS AUTOS. – *A presente reclamação deriva de recente decisão, no âmbito dos EDcl no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.09.2009, do Pleno do STF que consignou que ‘enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal’, tendo, por conseguinte, determinado que, até a criação de órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ aos Juizados Especiais Estaduais, ‘lógica do sistema judiciário nacional recomenda se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, amplitude suficiente à solução deste impasse’.* – *Constitui entendimento assente nesta Corte que, em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida, porém não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo correspondente.* – *Há de se levar em consideração o risco potencial que o entendimento contido no acórdão reclamado traz para os contratos de consórcio em geral, pondo em perigo a perfeita continuidade e até mesmo a sobrevivência dessas poupanças coletivas, em detrimento não apenas das respectivas administradoras, mas sobretudo dos consorciados que permanecem no grupo. Visto sob esta ótica, o problema ganha proporções preocupantes, a justificar a concessão da liminar pleiteada, com vistas ao sobrestamento dos processos que versem sobre controvérsia semelhante à dos autos. Medida liminar deferida.”*

Nos termos do art. 1º da Resolução n. 12/2009, a reclamação deve ser ajuizada no prazo de quinze dias, contado a partir da ciência da decisão impugnada. Ultrapassado esse prazo, não se admite o ajuizamento da reclamação, pois terá havido o trânsito em julgado. A propósito, vale conferir o item seguinte, que demonstra não ser cabível a reclamação contra decisão transitada em julgado.

A partir da aludida Resolução nº 12/2009, o STJ passou, enfim, a admitir a reclamação constitucional destinada a eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Estaduais e precedentes daquela Corte Superior que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser mais exigente quanto ao cabimento da reclamação contra decisões proferidas por Juizados Especiais Cíveis, somente a admitindo se houver divergência da decisão reclamada com precedentes proferidos em julgamento de recurso especial repetitivo, ou se houver divergência com enunciado da súmula de sua jurisprudência. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

“RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO/STJ Nº 12/2009. JUIZADOS ESPECIAIS. REQUISITOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. DEFINIÇÃO.

1. Para que seja admissível o manejo da Reclamação disciplinada pela Res/STJ nº 12/2009 é necessário que se demonstre a contrariedade a jurisprudência consolidada desta Corte quanto a matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada:

(i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte.

2. Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais.

3. Para que seja admissível a reclamação é necessário também que a divergência se dê quanto a regras de direito material, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei 9.099/95.

4. As hipóteses de teratologia deverão ser apreciadas em cada situação concreta.

5. Reclamação não conhecida.”⁴⁰

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a reclamação contra decisão do Juizado Especial Cível somente se revela cabível quando a divergência disser respeito à interpretação de texto normativo de natureza material. Se a divergência for de interpretação de norma de direito processual, não se admite a reclamação. Com efeito, “[e]stão excluídas do âmbito de cabimento da reclamação formulada com base na Resolução n. 12/2009-STJ as questões de ordem processual”⁴¹.

A orientação de que a reclamação para fazer valer a orientação jurisprudencial do STJ, ajuizada contra decisão de turma recursal, só alcança discussões de “direito substantivo” não é correta. Trata-se de uma distinção que se revela arbitrária e injustificável. Diversas regras processuais gerais são aplicadas no âmbito dos Juizados Especiais. O próprio STJ, por exemplo, afirmou a competência da turma recursal para julgar mandado de segurança contra ato judicial (n. 376 da súmula do STJ). Perguntamos: se porventura uma turma recursal reiteradamente passasse a reputar-se incompetente para processar tais mandados de segurança, não caberia reclamação perante o STJ? Será que o STJ deixaria que o enunciado da sua súmula virasse letra-morta? O exemplo basta para que se perceba como é “artificial” essa tentativa de filtro ao cabimento da reclamação lastreada na Resolução n. 12/2009 do STJ.

O STJ tem sido exigente a respeito do cabimento da reclamação constitucional nesses casos. Segundo tem entendido, trata-se de medida excepcional, estando “... reservada somente para a análise de hipóteses extremas, em que se verifique frontal

40. STJ, 2ª S., Rcl n. 4.858/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. em 23.11.2011, publicado no *DJe* de 30.11.2011.

41. STJ, 2ª S., AgRg na Rcl n. 4682/AL, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 25.5.2011, publicado no *DJe* de 1º/6/2011. No mesmo sentido: STJ, 2ª S., AgRg na Rcl n. 6.428/MG, rel. Min. Antonio Carlos Pereira, j. 9/11/2011, *DJe* 24/11/2011. Também no mesmo sentido: STJ, 1ª S., AgRg na Rcl n. 6.995/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 23.11.2011, publicado no *DJe* de 2.12.2011.

ofensa a julgado deste Tribunal, cuja solução decorra da aplicação da lei federal e não da melhor ou pior interpretação que se possa fazer dos fatos da causa”⁴².

É bem verdade, como já se viu, que a reclamação é uma ação típica, não podendo ter ampliado seu objeto. Acontece, porém, que, nesse caso dos Juizados Especiais Estaduais, há uma situação peculiar, relativa às causas repetitivas, que impõe a adoção de medida destinada a preservar a autoridade da jurisprudência firmada pelo STJ, a fim de se eliminar a divergência jurisprudencial, conferindo isonomia e segurança jurídica ao sistema de demandas repetitivas. O STJ dispõe de um poder implícito: o de conferir efetividade à sua principal função, que é a de uniformizar a jurisprudência nacional, vindo a acentuar-se no âmbito das causas repetitivas. E tal poder implícito exercita-se por meio da reclamação constitucional.

Esse entendimento é reforçado pela Lei n. 12.153/2009, que criou os Juizados Estaduais da Fazenda Pública. O art. 18, § 3º, e o art. 19 dessa lei cuidam do pedido de uniformização da jurisprudência sobre aplicação da lei federal, que deve ser dirigido ao STJ, “quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado”. Esses dispositivos são constitucionais, exatamente porque o STJ tem a competência implícita de fazer valer o seu entendimento sobre a interpretação da lei federal e, assim, uniformizar nacionalmente a jurisprudência em derredor do assunto. Se não houvesse essa competência implícita, a lei seria inconstitucional, por ampliar a competência do STJ, o que somente poderia ser feito por emenda constitucional.

Note, finalmente, que este *Curso* defende o cabimento de reclamação para fazer valer a autoridade de precedente do Pleno do STF em matéria constitucional, ainda que oriundo do controle *difuso* de constitucionalidade (ver item sobre a objetivação do recurso extraordinário, no capítulo respectivo).

Reclamação para fazer valer orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como assinalou o Supremo Tribunal Federal, não nos parece apenas *cabível*: trata-se de medida extremamente recomendável, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, que não podem tornar-se “ilhas” de interpretação do direito federal, ignorando os posicionamentos consolidados do STJ.

RICARDO DE BARROS LEONEI entende não ser cabível a reclamação para substituir um recurso inexistente. Como não existe recurso especial para provocar o reexame, pelo STJ, do que foi decidido por Juizado Especial Cível, não seria possível obter

42. STJ, 2ª S., AgRg na Rel 5.046/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.10.2011, publicado no *DJe* de 4.11.2011.

a substituição da decisão pela reclamação. Daí por que entende que a reclamação não pode provocar a cassação, nem anulação ou reforma da decisão reclamada. O acolhimento da reclamação, na sua opinião, acarreta um provimento declaratório, com fixação da interpretação do STJ relativamente à questão de direito federal que é objeto da uniformização, daí se seguindo os comunicados aos Tribunais de Justiça, às respectivas Corregedorias e à Turma Recursal na qual tramitava o processo de que se originou a reclamação. Além desse simples comunicado, é possível, nos processos que ficaram suspensos por decisão do relator da reclamação no STJ, haver a retratação dos órgãos originários, a fim de que ajustem suas decisões à tese firmada pela Corte Superior⁴³.

Aprevaler essa ideia, não haveria interesse da parte no ajuizamento da reclamação. Se não há mudança na decisão reclamada, não há utilidade na reclamação. Não é isso, ademais, que se extrai dos precedentes do STJ que acolhem a reclamação. Esta, que é ajuizada no prazo de quinze dias da intimação da decisão reclamada, tem por finalidade desfazê-la, servindo como um verdadeiro sucedâneo recursal. Se, por um lado, não cabe recurso especial para o STJ contra decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, é inegável que, por outro lado, o STJ tem o poder implícito – provocado e exercido pela reclamação – de fazer valer sua função institucional de uniformizar a interpretação dada ao direito federal.

10. RECLAMAÇÃO E DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO

Não há prazo para o ajuizamento da reclamação. No entanto, o Supremo Tribunal Federal mantém firme entendimento no sentido de que não cabe a reclamação contra decisão judicial transitada em julgado⁴⁴, sob pena de caracterizar-se como um inadmissível sucedâneo de ação rescisória⁴⁵. Eis o teor do enunciado n. 734 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Na verdade, não cabe a reclamação como meio de desfazer, reformar, cassar, modificar decisão transitada em julgado, pois, nesse caso, estaria fazendo as vezes de uma ação rescisória. É óbvio, contudo, que, se a decisão que estiver sendo desrespeitada transitara em julgado, cabe a reclamação. Assim, conhecido e provido, por exemplo, um recurso extraordinário, por acórdão transitado em julgado, cabe a reclamação contra a decisão do juiz de primeira instância que determinar a execução de forma diversa do que restou julgado pelo STF.

43. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 210-211.

44. Decisão da Ministra Ellen Gracie, do STF, na Reclamação 1.955-1, publicada na *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 3 (junho-2003), p. 169-170.

45. Decisão do Ministro Celso de Mello, do STF, na Medida Cautelar em Reclamação 2.478-4, publicada na *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 12 (março-2004), p. 184-185.

A decisão do STF transitou em julgado, mas isso não é, obviamente, óbice à reclamação⁴⁶.

Ajuizada a tempo a reclamação, o superveniente trânsito em julgado não a torna incabível, pois, nessa hipótese, não se está a utilizá-la como sucedâneo de ação rescisória. Vale dizer que o enunciado 734 da súmula do STF não incide, se a reclamação for intentada antes do trânsito em julgado; sobrevindo o trânsito em julgado, a reclamação não se torna incabível.

Ao julgar a Reclamação 2.280/RJ, a 2ª Turma do STF entendeu ser cabível a reclamação intentada antes do trânsito em julgado. A propósito, é oportuno transcrever trecho do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, que assim se expressou: “Preliminarmente, considero que o trânsito em julgado do acórdão reclamado, noticiado com a Petição avulsa 23.179/2008, não prejudica o conhecimento desta reclamação. A alegada violação de precedente desta Corte foi apresentada em momento oportuno, enquanto ainda tramitava o processo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Assim, esta reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de eventual ação rescisória. Ademais, compete à Corte zelar pela máxima efetividade de suas decisões, especialmente nas hipóteses em que o risco à autoridade do Supremo Tribunal Federal foi devidamente evocado pelo reclamante a tempo.”

11. PROCEDIMENTO

A reclamação, cabível nas hipóteses constitucionalmente fixadas, tem seu procedimento estabelecido na Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. As normas contidas na referida Lei nº 8.038/1990 a respeito da reclamação constitucional estão reproduzidas nos arts. 187 a 192 do Regimento Interno do STJ e, de igual modo, nos arts. 156 a 162 do Regimento Interno do STF.

O ajuizamento da reclamação depende de provocação da parte ou do Ministério Público. Instruída com prova documental, a reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, deve ser autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível. O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 25.03.04, acrescentou ao artigo 161 do Regimento Interno do Tribunal a possibilidade de o ministro-relator de Reclamação julgá-la, quando a matéria em questão for objeto de jurisprudência consolidada na Corte, aplicando, por analogia, o disposto no art. 557 do CPC⁴⁷. Gisele Góes defende que a reclamação por desobediência à

46. “Análise da Súmula 734 do STF à luz da natureza jurídica da reclamação constitucional”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2005, p. 410.

47. Parágrafo único do art. 161 do Regimento Interno do STF: “O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”.

autoridade da decisão deve ser remetida ao relator da causa originária, que gerou a decisão desrespeitada, em espécie de prevenção temática⁴⁸.

Trata-se de procedimento semelhante ao do mandado de segurança. A petição inicial deve vir acompanhada da prova documental pré-constituída, não se admitindo a produção de provas casuais ao longo do procedimento (Lei n. 8.038/1990, art. 13, par. ún.; RISTF, art. 156, par. ún.)⁴⁹.

Ao despachar a reclamação, o relator: a) requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; e b) ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado (Lei Federal n. 8.038/1990, art. 14).

A decisão que determina a suspensão do processo ou do ato impugnado tem natureza de tutela antecipada⁵⁰, mas pode ser concedida *ex officio* pelo relator.

O sujeito passivo da reclamação pode ser qualquer pessoa, órgão ou ente que descumpra decisão do tribunal ou usurpe a sua competência. A entidade pode ser do Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo⁵¹.

Cumprе advertir que o art. 157 do Regimento Interno do STF prevê o prazo de 5 (cinco) dias para a prestação de informações pela autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado. Parece, contudo, que, no confronto entre a Lei nº 8.038/1990 e o Regimento Interno do STF, há de prevalecer a primeira, de sorte que o prazo para as informações é de 10 (dez) dias.

Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (Lei n. 8.038/1990, art. 15). A parte adversária ao reclamante – que não seja beneficiária do ato impugnado – pode intervir no processo da reclamação, na qualidade de assistente litisconsorcial⁵². A intervenção é facultativa, segundo a jurisprudência⁵³. É preciso fazer uma observação, porém: se a parte adversária ao

48. GÓES, Gisele. “Reclamação constitucional”, cit., p. 508.

49. Neste sentido, na doutrina mais recente, LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 261-264.

50. Aderindo expressamente ao entendimento aqui defendido, GÓES, Gisele. “Reclamação constitucional”, cit., p. 509-510.

51. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, nota 20 ao art. 102 da Constituição Federal, p. 205.

52. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. cit., p. 476; GÓES, Gisele. “Reclamação constitucional”, cit., p. 507.

53. “A Lei nº 8.038/90 estabelece que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 15). O interessado – vale dizer, aquela pessoa que dispõe de interesse jurídico na causa – qualifica-se como sujeito meramente eventual da relação processual formada com o ajuizamento da reclamação. A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de integração necessária e de válida composição da relação processual, o

reclamante for o beneficiário direto do ato impugnado, deve ser ela entendida como litisconsorte necessária, ré da ação de reclamação, sob pena de nulidade da decisão eventualmente proferida sem o respeito à garantia do contraditório⁵⁴.

Correta, portanto, a regra prevista no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que concretiza o direito fundamental ao contraditório: “Art. 250 – Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante. Parágrafo único – O beneficiário da decisão reclamada deverá ser citado”.

O Ministério Público, nas reclamações que não houver intentado, terá vista dos autos, por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações (Lei n. 8.038/1990, art. 16).

Julgado procedente o pedido formulado na reclamação, o Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, que cassou o ato exorbitante de seu julgado ou que ordenou a adoção de medida adequada à preservação de sua competência, lavrando-se o acórdão posteriormente (Lei n. 8.038/1990, arts. 17 e 18). Essa é, aliás, a orientação seguida pela Lei Federal n. 11.417/2006 (art. 7º, § 2º), que cuida da reclamação por desrespeito a enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional: “Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

Examinando o tema, Pontes de Miranda anota: “A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por invadente da competência do tribunal superior é *constitutiva negativa*. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz e repele a interpretação que fora dada à decisão sua, no tocante à força e à eficácia, também é *constitutiva negativa*. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por ter retardado, materialmente, a cognição pelo tribunal superior, é *mandamental*”⁵⁵.

Não cabem embargos infringentes em julgamento de reclamação (súmula do STF, n. 368). *Não cabem*, também, recurso ordinário constitucional, embargos de divergência nem o agravo de instrumento dos arts. 524 a 527 do CPC; este último

chamamento formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamação, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado em que se encontra. O interessado, uma vez admitido ao processo de reclamação – e observada a fase procedimental em que este se acha –, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhes, ainda, a prerrogativa de fazer sustentação oral, quando do julgamento final da causa. Precedente”. (STF, Pleno, Rel n. 449 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.1996, publicado no DJ de 21.02.1997, p. 2.830).

54. Neste sentido, aderindo ao posicionamento defendido no texto, LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 234-235.

55. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 5, cit., p. 287.

somente é cabível contra decisão de juiz de primeira instância. *Cabem* embargos de declaração, agravo interno contra decisões do relator, recurso especial (quando julgada por Tribunal de Justiça) e recurso extraordinário.

12. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA RECLAMAÇÃO

Já se viu que a reclamação ostenta natureza de ação originária, devendo ser proposta em tribunal, com a finalidade de preservação da competência ou de garantia da autoridade de decisões do próprio tribunal.

Sendo a reclamação uma ação, deve o reclamante efetuar o pagamento de custas para seu ajuizamento. Ao final, o vencido há de ser condenado nos honorários de advogado da parte vencedora, mercê da aplicação do *princípio da causalidade*.

O STF, contudo, entendeu, consoante já demonstrado em linhas transatas, que a reclamação constitucional não desfruta da natureza de ação, consistindo num mero exercício do direito de petição. Coerentemente com esse entendimento, também já se viu que não se deve exigir custas na reclamação. Em outras palavras, a prevalecer o entendimento do STF, segundo o qual a reclamação não tem natureza de ação, mas de mero exercício do direito de petição, não se deve exigir custas para seu ajuizamento.

Sendo igualmente coerente com esse entendimento do STF, não deve, na reclamação constitucional, haver condenação do vencido em honorários de advogado. O STJ, partindo da mesma premissa do STF, entende que não há, na reclamação, condenação em honorários advocatícios. Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, “é vedada a condenação em verba de patrocínio na reclamação”.⁵⁶

56. Acórdão da 3ª Seção do STJ, Rel 2.017/RS, rel. Min. Jane Silva – Des. Conv. do TJ/MG –, j. 8/10/2008, DJe 15/10/2008.

CAPÍTULO XII

REEXAME NECESSÁRIO

Sumário • 1. Natureza jurídica – 2. Hipóteses de cabimento – 3. Procedimento – 4. Hipóteses em que pode ser dispensado o reexame – 5. Reexame necessário, sentença terminativa e a possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal (§ 3º do art. 515 do CPC).

1. NATUREZA JURÍDICA

O reexame necessário não é um recurso, exatamente por não estar previsto como tal no Código de Processo Civil, não atendendo, portanto, à regra da taxatividade. O reexame necessário não integra o rol taxativo de recursos, previsto no art. 496 do CPC, nem é tratado como recurso em qualquer outro diploma legal.

O reexame não contém os pressupostos próprios dos recursos. De fato, além de não atender à *regra da taxatividade*, o reexame não está sujeito a prazo, faltando ao juiz legitimidade e interesse em recorrer. A isso acresce a circunstância de não haver o atendimento ao requisito da *regularidade formal*, que exige do recorrente a formulação do pedido de nova decisão e a demonstração das razões de fato e de direito que o fundamentam. Não se atende, ademais, à característica da *voluntariedade do recurso*, peculiar ao sistema recursal brasileiro, segundo a qual o recurso, para ser interposto, depende de provocação espontânea de um dos legitimados, eis que é manifestação do princípio dispositivo, não devendo decorrer de obrigação ou imposição legal.

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia. Desse modo, não havendo o reexame e, conseqüentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação rescisória. Eis mais uma razão pela qual o reexame necessário não pode ser tido como um recurso. Não interposto o recurso contra a sentença, esta irá transitar em julgado, cabendo ação rescisória pelo prazo de 02 (dois) anos. No caso do reexame, caso não venha a ser determinado na sentença, esta não irá transitar em julgado, sendo despropositado o manejo de ação rescisória, à mingua de pressuposto específico.

Conclui-se, desse modo, que o reexame necessário reveste-se da natureza de *condição de eficácia da sentença*, não ostentando feição de recurso¹.

1. RODRIGO MAZZEI questiona a natureza jurídica do reexame necessário, afirmando ser necessário um maior aprofundamento sobre o tema. Refuta todas as teorias existentes em torno do assunto, ressaltando que

O CPC/39, no art. 822, referia-se ao reexame necessário como uma *apelação necessária*. Importante a leitura do trabalho de Araken de Assis, quando o autor demonstra que o prestígio do aspecto da voluntariedade no conceito de recurso deve ser revisto. Os argumentos impressionam. Eis as suas conclusões: “Do exposto só há uma conclusão razoável, quanto à figura do reexame. Conforme se viu, ao contrário do que faria supor sua localização geográfica no código, resultante de concessão reverencial ao autor do anteprojeto, independentemente da *mens legislatoris* o art. 475. *caput*, manteve a velha e incompreendida *apelação ex officio*. (...) Neste mesmo sentido se manifesta Frederico Marques, acrescentando que o elemento comum ‘é a devolução ao juízo *ad quem* do julgamento proferido em primeira instância, devolução voluntária ou necessária conforme se dê por iniciativa do vencido ou mediante impulso oficial. Parece exato, igualmente, a existência de conflito entre a rediviva *apelação ex officio*, fortalecida pela menção do art. 3º da Lei 8.437, de 30.06.1992, e o conceito *ad hoc* de recurso. Mas a objeção, já se disse alhures, não convence. Submetido ao método das conjeturas e refutações, tal conceito se provou falso, porque incapaz de abranger todos os recursos, e, portanto há de ser substituído por um melhor, que suporte teste no qual o antigo fracassou. Àqueles que duvidarem do bom senso de alargar o conceito de recurso, relativizando sua voluntariedade, ousamos lembrar que, para os homens sensatos da época de Galileu, tementes a Deus e atentos à própria vida, o Sol girava em torno da Terra. Põe-se excessivo destaque no caráter voluntário de todo o recurso, olvidando seu eventual regime compulsório. E até mesmo a voluntariedade surge no recurso *ex officio*. Constitui simples faculdade o recurso interposto pelo Presidente do Tribunal contra ‘decisões proferidas em dissídio coletivo’ (art. 898 da CLT). Que dizer dessa hipótese excepcional, senão que há recursos *ex officio* obrigatórios e voluntários?”¹²

Não obstante os argumentos da pena firme de ARAKEN DE ASSIS, a natureza do reexame necessário constitui solução de direito positivo: somente ostentam a natureza recurso, como se viu, os meios de impugnação assim qualificados pela legislação.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

As sentenças sujeitas ao reexame necessário são aquelas proferidas nos casos previstos nos incisos do art. 475 do CPC.

Na hipótese de seu inciso I, haverá reexame necessário em relação às sentenças proferidas *contra* a Fazenda Pública. No particular, cumpre recordar o conceito de Fazenda Pública, abrangente da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas autarquias e fundações públicas. Qualificam-se como autarquias especiais as

o reexame mais se aproxima de um recurso. Vale a leitura de seu texto: MAZZEI, Rodrigo. “A remessa ‘necessária’ (reexame por remessa) e sua natureza jurídica”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2011, v. 12, p. 405-432.

2. ASSIS, Araken de. “Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário”, cit., p. 128-129.

agências reguladoras, razão pela qual uma sentença proferida contra uma agência também deve sujeitar-se ao reexame necessário.

A exigência do reexame necessário alcança *apenas* as sentenças, não atingindo as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. Com efeito, não se sujeitam ao reexame necessário as decisões interlocutórias proferidas contra a Fazenda Pública; não há, pois, reexame necessário em relação à tutela antecipada concedida contra a Fazenda Pública. Mas se a decisão interlocutória resolver definitivamente parte do mérito da causa, o que é possível em face da nova redação do art. 269 do CPC, sendo apta a ficar imune pela coisa julgada material, é possível defender a necessidade do reexame compulsório pelo tribunal.

Desde a redação originária do art. 475 do CPC, a doutrina controverte sobre o cabimento do reexame necessário quanto às sentenças que extinguem o processo *sem* resolução do mérito, em que figure como parte a Fazenda Pública. Isso porque, ao referir-se a uma sentença *proferida contra*, o dispositivo estaria, segundo parcela da doutrina, aludindo ao ato judicial que extingue o processo *com* julgamento do mérito³. Sendo proferida sentença terminativa em processo no qual a Fazenda Pública figure no polo passivo, obviamente que esta não restou sucumbente; a sentença não foi proferida *contra* a Fazenda Pública, sendo incabível o reexame necessário.

Jorge Tosta alude à situação de uma sentença terminativa proferida contra o Poder Público conter condenação ao pagamento de verba honorária. Nesse caso, entende ele que é cabível o reexame, se o valor da verba honorária for superior a 60 (sessenta) salários-mínimos. Parece razoável esse entendimento⁴. O Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, tendo, aliás, editado o enunciado n. 325 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, cujo teor tem a seguinte redação: “A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”. Significa, então, que há reexame necessário no tocante a qualquer condenação imposta contra a Fazenda Pública, ainda que se restrinja aos honorários de sucumbência. Cumpre, todavia, consignar que somente há reexame necessário, mesmo no caso a que se refere o referido enunciado sumular, se o valor da condenação for superior a 60 (sessenta) salários mínimos. Assim, se a Fazenda Pública for condenada ao pagamento de honorários no valor de até 60 (sessenta) salários mínimos, não haverá reexame necessário.

-
3. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 237. Nesse sentido, é o teor do n. 137 da Súmula do TFR: “A sentença que, em execução fiscal promovida por autarquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérito (*Código de Processo Civil*, art. 267), não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório”.
 4. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005, p. 236-237.

Na hipótese de a Fazenda Pública figurar como autor da demanda, não haveria, segundo esse mesmo entendimento, sentença proferida *contra* o ente público, eis que somente se profere sentença *contra* o réu⁵. De fato, “esta sentença não é proferida ‘contra’ o autor, não estando sujeita à remessa necessária quando o autor for uma das entidades mencionadas no CPC 475”⁶.

Enquanto o inciso I do art. 475 do CPC refere-se ao *processo de conhecimento*, seu inciso II diz respeito aos embargos acolhidos em *execução de dívida ativa*. Significa que o reexame necessário previsto no inciso I do art. 475 do CPC refere-se, apenas, ao processo de conhecimento (formação do título), não se estendendo para embargos do devedor opostos em execução movida contra ou pela Fazenda Pública, salvo se a execução for fundada em dívida ativa. Neste último caso, já não mais se aplica o referido inciso I do art. 475 do CPC, atraindo, isto sim, a incidência do seu inciso II.

Na legislação extravagante há outras hipóteses de cabimento da remessa necessária, tais como: a) sentença concessiva de mandado de segurança (art. 14, § 1º, Lei Federal n. 12.016/2009)⁷; b) sentença que extinguir a ação popular por carência de ação ou improcedência do pedido (art. 19 da Lei Federal n. 4.717/1965).

3. PROCEDIMENTO

Cabe ao juiz, ao proferir a sentença que se enquadra em uma das hipóteses do art. 475 do CPC, determinar, expressamente, a remessa dos autos ao tribunal que lhe seja hierarquicamente superior e ao qual esteja vinculado funcionalmente. A ausência de tal determinação impede o trânsito em julgado⁸, podendo o juiz corrigir a omissão a qualquer momento, não havendo preclusão quanto à matéria.

5. Luiz Manoel Gomes Júnior entende que “independentemente da posição ocupada pelo ente de direito público, se a sentença lhe foi contrária, desde que com apreciação do mérito, sempre haverá necessidade do reexame” (GOMES JR., Luiz Manoel. “Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2001, nota de rodapé n.º 7, p. 647). Logo, segundo o doutrinador, figure a Fazenda Pública no processo como autor ou como réu, deve haver o reexame necessário, desde que a sentença seja de mérito.
6. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 918. Em outra passagem da mesma obra, os ilustres processualistas assim averbam: “Somente as *sentenças de mérito* estão sujeitas à remessa necessária de que trata a norma sob comentário” (p. 916).
7. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. “O reexame necessário e a nova lei do mandado de segurança”. KOEHLER, Frederico (Org.) *Comentários à nova lei do mandado de segurança: em homenagem ao Prof. Ivo Dantas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.
8. “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.” (Súmula do STF, n. 423).

Em vista de provocação de qualquer das partes ou até mesmo de ofício, poderá, de igual modo, o presidente do tribunal avocar os autos. (CPC, art. 475, § 1º).

Caso haja apelação, deve-se aguardar seu regular processamento perante o próprio juízo prolator da sentença, para, somente então, determinar-se o envio dos autos ao tribunal, a quem caberá apreciar, conjuntamente, o reexame necessário e a apelação. Não havendo a apelação, deverão, de igual modo, ser remetidos os autos ao tribunal para apreciação do reexame necessário.

Olvidando o juiz de determinar, na sentença, a remessa dos autos ao tribunal, poderá fazê-lo a qualquer momento, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Isso porque não há preclusão em relação à determinação da remessa necessária. Alternativamente, o tribunal poderá determinar a avocação dos autos a qualquer tempo (art. 475, § 1º, CPC), porquanto não há prazo para o reexame, diferentemente do que sucede com os recursos. Enquanto não procedido o reexame necessário, não se operará o trânsito em julgado da sentença.

Exatamente porque não contém natureza recursal, o reexame necessário não está sujeito a preparo, nem admite a apresentação de contrarrazões pelo particular ou pela parte vencedora. De igual modo, não havendo interposição de apelação, e sendo remetidos ao tribunal os autos apenas em função do reexame necessário, é incabível o recurso adesivo, justamente porque não há recurso principal ao qual se possa aderir.

Determinada a remessa dos autos ou advogados que sejam estes, o procedimento para o processamento e julgamento do reexame necessário é idêntico ao da apelação.

A propósito, ao reexame necessário aplica-se o 552 do CPC, devendo seu julgamento ser *incluído em pauta*, com a publicação antecedida de, pelo menos, 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de nulidade. Nesse sentido, “a inobservância do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, entre a publicação de pauta e julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade” (súmula do STJ, n. 117).

Ao reexame necessário aplica-se o art. 557 do CPC, podendo o relator, positivadas as hipóteses ali previstas, em decisão isolada, negar ou dar provimento à remessa. Com efeito, “o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário” (enunciado n. 253 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).

Do julgamento do reexame necessário cabe a interposição de qualquer recurso, atendidos os correlatos requisitos de admissibilidade. Questiona-se, apenas, se cabe a interposição de embargos infringentes do acórdão que julgar

o reexame necessário, conforme já examinado no capítulo dedicado aos embargos infringentes.

Ademais, o STJ, ao editar o enunciado n. 45 da sua súmula de jurisprudência predominante, que veda a *reformatio in pejus* no reexame necessário, tomou como premissa a ideia de que o reexame foi instituído em favor da Fazenda Pública, não podendo prejudicá-la. Essa mesma premissa deveria servir de fundamento para permitir-se o cabimento dos embargos infringentes do julgamento, não unânime, da remessa obrigatória. Isso porque, da mesma forma que sucede no julgamento da apelação, ao decidir o reexame necessário o tribunal reanalisa a sentença, proferindo nova decisão que irá substituí-la (CPC, art. 512), sem poder agravar a situação da Fazenda Pública. Nesse caso, havendo divergência, não há razão para não se permitir os embargos infringentes.

De igual modo, essa mesma premissa deve servir de fundamento para se permitir a sustentação oral no julgamento da remessa obrigatória.

Ao julgar o Recurso Especial 493.862/MG, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser cabível a sustentação oral em reexame necessário, em aresto que contém a seguinte ementa: “PROCESSO CIVIL – PRETENDIDA SUSTENTAÇÃO ORAL EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO – DICÇÃO DO ART. 554 DO CPC – POSSIBILIDADE – VOCÁBULO ‘RECURSO’ INTERPRETADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SENTIDO AMPLO. A ABRANGÊNCIA DO INSTITUTO DO REEXAME NECESSÁRIO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. – É de se entender que o vocábulo ‘recurso’ previsto no artigo 554 do Estatuto Processual Civil, deve ser interpretado em sentido amplo, a abranger a remessa necessária prevista no artigo 475 e, por consequência, abarcar a possibilidade de sustentação oral por ocasião do julgamento do reexame necessário. – Não procede, também, eventual entendimento no sentido de que, privado o reexame necessário de razões recursais, por esse motivo haveria óbice para sustentação oral. Para afastar essa interpretação equivocada, é de bom conselho reproduzir o escólio de Sergio Bermudes ao comentar o artigo 554 do Código de Processo Civil: ‘Pode sustentar o recorrente, ou o recorrido, que deixou de apresentar as respectivas razões? O artigo determina que a palavra será dada ao recorrente e ao recorrido, a fim de sustentarem as razões do recurso. Por isso, uma interpretação demasiadamente apegada à letra da lei obrigaria a uma resposta negativa. Entretanto, sabe-se que, dentre todas as formas de interpretação, outra não há mais perigosa que a literal. Não se casa com o espírito do Código a exegese de que só poderá sustentar o recorrente, ou recorrido, que apresentou razões, quando da interposição do recurso, ou da resposta. Se, nesse momento, recorrente e recorrido se omitiram, deve-se entender que se reportaram à inicial, à contestação, à fundamentação da sentença. Se o recorrido era revel, permanecendo contumaz quanto aos demais atos cuja prática lhe incumbia, nada obsta a que sustente a decisão que lhe foi favorável, pois o revel pode intervir no processo em qualquer fase (art. 322)’ [Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Ed. RT, Vol. VII, p. 378/379]. – Peço vênia à ilustre Ministra Eliana Calmon para conhecer e dar provimento ao recurso da Fazenda Pública de Minas Gerais e anular o acórdão da Corte de origem, a fim de que seja dada oportunidade para a

sustentação oral por ocasião do julgamento do reexame necessário. Em vista desse desfecho, fica prejudicado o exame das demais questões”⁹.

4. HIPÓTESES EM QUE PODE SER DISPENSADO O REEXAME

Os §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC estabelecem hipóteses em que o reexame necessário haverá de ser dispensado pelo juiz.

O Superior Tribunal de Justiça mantém firme entendimento, segundo o qual essas hipóteses de dispensa de reexame necessário, que serão doravante examinadas, *não* se aplicam ao processo de mandado de segurança. É que, no entender da Corte Superior de Justiça, o mandado de segurança regula-se por lei especial (antes, pela Lei nº 1.533/1951, agora, pela Lei nº 12.016/2009), aplicando-se as regras do CPC apenas subsidiariamente, ou seja, quando houver omissão na lei de regência. Como o art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009 estabelece o reexame necessário, sem restrições, exceções ou sem qualquer hipótese de dispensa, não se aplicaria o CPC no particular, prevalecendo a norma especial frente a geral. Então, segundo o entendimento dominante no STJ, as hipóteses de dispensa de reexame necessário não se aplicam ao mandado de segurança (conferir, dentre tantos outros, o acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, no REsp 739.684/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 5/12/2006, DJ de 1º/2/2007, p. 404)¹⁰.

A primeira hipótese de dispensa ocorre nos casos em que a condenação, ou o direito controvertido, for de *valor certo* não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, tanto para a sentença prevista no novo inciso I como para aquela capitulada no atual inciso II.

À evidência, o *quantum* não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos deve ser considerado no momento em que a sentença for proferida, de tal sorte que, ainda que o valor atribuído à causa, quando de sua propositura, fosse superior àquele teto, o que deve ser levado em conta é o quanto representa a condenação no momento do julgamento do feito.

E se o valor envolvido ou a condenação corresponder, exatamente, a 60 (sessenta) salários mínimos? Nesse caso, haverá ou não o reexame? Impõe-se levar em conta o teor literal da regra contida no § 2º do art. 475 do CPC, segundo o qual não se aplica o reexame necessário se a condenação ou o direito controvertido for de valor certo *não excedente* a 60 (sessenta) salários mínimos. Significa que somente haverá reexame se o valor *exceder* ao limite legal. Não excedendo, ou seja, sendo equivalente a *até* 60 (sessenta) salários mínimos, não haverá o reexame

9. Acórdão não unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 493.862/MG, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, j. 05/02/2004, DJ de 12/04/2004, p. 192.

10. Para mais detalhes sobre o assunto, conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, n. 14.13, p. 418-422, que manifesta entendimento contrário ao do STJ.

necessário. Logo, ostentando a condenação ou o direito controvertido a cifra exata de 60 (sessenta) salários mínimos, *não* deve haver o reexame necessário, eis que *não* se ultrapassou o limite legal. A interpretação, *in casu*, há de ser literal, eis que se trata de norma restritiva, devendo, bem por isso, sua exegese ser estrita, sem qualquer largueza.

Estão excluídas do reexame necessário, de igual modo, as sentenças de procedência proferidas nos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, cujo valor, à época da sentença, atualizado monetariamente e acrescido de juros e demais encargos, não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos. Caso haja a reunião de várias execuções, por conexão, “deve ser levado em consideração o valor de cada dívida individualmente”¹¹.

A fixação de um valor como marco para definir o cabimento do reexame necessário revela-se preocupante, na exata medida em que a praxe forense entremostra ser comum que a parte autora atribua à causa um valor módico, que geralmente não corresponde à repercussão econômica, ao montante da condenação ou ao direito controvertido no processo. Tal hábito – o qual não deve ser ignorado, mesmo em sede doutrinária – decorre da intenção de minimizar os custos do processo, obviando o dispêndio de pesado ônus financeiro, consistente no pagamento de elevadas custas judiciais ou taxas judiciárias.

Bem por isso, para evitar malícias e no intuito de preservar o interesse público, impedindo prejuízos para a Fazenda Pública, o § 2º do art. 475 do CPC faz expressa menção a *valor certo*. Em outras palavras, somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no § 2º do art. 475 do CPC, *caso a sentença seja líquida* e o valor nela quantificado não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito, *de valor certo* que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese, não há como se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, num processo de liquidação, no qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido.

O que se pretende deixar evidente é que o reexame necessário somente será dispensado, nos termos do art. 475, § 2º do CPC, se a sentença for *líquida* e o valor nela previsto não desbordar do limite de 60 (sessenta) salários mínimos. Daí porque aquele § 2º expressa que: “não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, *for de valor certo* não excedente a

11. GIANESINI, Rita. “A Fazenda Pública e o reexame necessário”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 923.

60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”.

Não se deve, para fins de aplicação do § 2º do art. 475 do CPC, levar em conta o valor atribuído à causa, porquanto, não raras vezes, tal valor não retrata a repercussão financeira da causa, nem coincide com o *quantum* envolvido na demanda.

WILLIAM SANTOS FERREIRA propôs os seguintes critérios para incidência ou não do reexame necessário na hipótese do § 2º do art. 475: “a) *Em razão do valor* (475, §2º): (...) Em síntese, quanto ao valor há as seguintes hipóteses e respectivos critérios: a.1) *havendo sentença condenatória líquida*: valor a que foi condenado o Poder Público, constante da sentença; a.2) *Não havendo sentença condenatória* (quando a lei utiliza a terminologia *direito controvertido* – sem natureza condenatória) ou sendo esta *ilíquida* (quando a lei utiliza a terminologia “condenação ... for de valor certo): valor da causa atualizado até a data da sentença, que é o momento em que deverá se verificar a incidência ou não da hipótese legal: a.3) *No caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa*: valor da execução atualizado até o momento em que se verificar se incide ou não a hipótese legal”¹².

Havia uma divergência no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em alguns precedentes, o STJ assim decidiu “Em sendo assim, a melhor interpretação à expressão ‘valor certo’ é de que o valor limite a ser considerado seja o correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos na data da prolação da sentença, porque o reexame necessário é uma condição de eficácia desta. Assim, será na data da prolação da sentença a ocasião adequada para aferir-se a necessidade de reexame necessário ou não de acordo com o ‘quantum’ apurado no momento. Precedentes. VIII – Neste sentido, quanto ao ‘valor certo’, deve-se considerar os seguintes critérios e hipóteses orientadores: a) havendo sentença condenatória líquida: valor a que foi condenado o Poder Público, constante da sentença; b) não havendo sentença condenatória (quando a lei utiliza a terminologia *direito controvertido* – sem natureza condenatória) ou sendo esta ilíquida: valor da causa atualizado até a data da sentença, que é o momento em que deverá se verificar a incidência ou não da hipótese legal. IX – Agravo interno desprovido”. (AgRg no REsp 637.676/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 317; *no mesmo sentido*: REsp 655.046/SP, REsp 572.681/PR, REsp 723478/PR, RESP 723099-SC, AgRg no REsp 710.504/RN)”..

Não prevalece mais tal entendimento.

Consolidando a conclusão a que chegaram diversos precedentes, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 490 de sua súmula de jurisprudência, assim redigido: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido

12. FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79.

for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”.

O reexame necessário não deverá operar-se, igualmente, nos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou em súmula do STF ou, ainda, em súmula de outro tribunal superior. A regra difere da previsão contida no art. 557 do CPC, que alude *também* à jurisprudência dominante ou súmula do *respectivo* tribunal local ou regional, ao qual é dirigido o recurso.

Esse outro motivo de dispensa do reexame necessário está previsto no § 3º do art. 475 do CPC. Sua justificativa coincide com o objetivo que inspirou a norma editada no art. 557 do CPC. Ora, se a decisão está em harmonia com jurisprudência do pleno do STF ou com súmula deste ou de outro tribunal superior, significa que será, certamente, confirmada pelo tribunal local ou regional e, sucessivamente, pelos tribunais superiores, na eventualidade de serem aviados, posteriormente, recursos extremos.

Já é pacífico, como se viu, que, havendo o reexame necessário de sentença fundada em súmula ou jurisprudência dominante, poderá o relator negar-lhe seguimento, com esteio no art. 557 do CPC. Em tal hipótese, a determinação da remessa obrigatória constituirá mero exercício de inutilidade, servindo, apenas, para enviar ao tribunal mais um processo que consumirá a atividade de servidores, mobilizando toda uma estrutura para, chegando ao gabinete do relator, ter seu seguimento negado. Para evitar toda essa tramitação, cujo desfecho já se afigura previsível, permite-se, desde logo, que o próprio juiz, em sua sentença, dispense o reexame necessário.

Há, na verdade, uma gradação legal a respeito da matéria. Realmente, confrontando-se o art. 557 e seu § 1º-A com o § 3º do art. 475 do CPC, chega-se à seguinte conclusão:

a) para que o relator, por decisão isolada, possa negar seguimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* do *próprio* tribunal ou de tribunal *superior*;

b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* apenas de tribunal *superior*;

c) para que o juiz de primeira instância possa dispensar o reexame necessário, é preciso que haja *súmula* de tribunal *superior* ou jurisprudência do *pleno* do STF.

Como se vê, existe uma nítida gradação na lei. A *negativa de seguimento* de um recurso ou do reexame necessário pode operar-se em razão de uma *súmula* tanto de tribunal *superior* como do *próprio* tribunal ou, ainda, de *jurisprudência dominante* de tribunal *superior* ou do *próprio* tribunal. Por sua vez, para que

o relator dê provimento ao recurso ou ao reexame necessário, *não* é suficiente a existência de *jurisprudência dominante ou de súmula*, mas *não* basta que tal súmula ou que a jurisprudência sejam do *próprio* tribunal; é preciso que sejam de tribunal *superior*.

A existência, por exemplo, de *jurisprudência dominante* do *próprio* tribunal não permite ao juiz de primeira instância que a ele esteja vinculado lavrar a determinação de dispensa do reexame necessário, eis que, para isso, deve haver *súmula* de tribunal *superior*; ou jurisprudência do *plenário* do STF. Embora não possa haver dispensa do reexame necessário, chegando os autos no tribunal para exercer o duplo grau, poderá o relator negar seguimento ao próprio reexame necessário.

Além das hipóteses descritas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, é possível haver a dispensa do reexame necessário no caso previsto no art. 12 da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que assim dispõe:

“Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário”.

Se, no âmbito interno da Administração Federal, houver recomendação de não se interpor recurso ou caso haja instrução do Advogado-Geral da União nesse sentido, tal determinação vincula os advogados ou procuradores da União, não devendo, inclusive, haver reexame necessário, que deverá ser dispensado pelo juiz. Em razão do princípio da lealdade e boa-fé processual, cabe ao advogado da União informar ao juiz para que haja expressa dispensa de reexame necessário, evitando-se a encaminhamento desnecessário dos autos ao respectivo tribunal.

5. REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA TERMINATIVA E A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DIRETO DO MÉRITO PELO TRIBUNAL (§ 3º DO ART. 515 DO CPC)

Um problema interessante é o de saber se é possível a aplicação do § 3º do art. 515 ao reexame necessário.

Para resolver o problema, dois são os aspectos a serem examinados.

Em primeiro lugar, é preciso relembrar que várias regras relativas à apelação são aplicadas ao reexame necessário por extensão, de que servem de exemplo o

§§ 1º e 2º do art. 515 do CPC e o art. 557, também do CPC. Não há obstáculo, assim, para que se aplique também o § 3º do art. 515.

Em segundo lugar, é preciso investigar em quais casos há remessa necessária de sentenças *terminativas*. Isso porque o § 3º do art. 515 do CPC pressupõe ter havido sentença em que não se examinou o mérito da causa. Já se viu que sentenças terminativas *contra* o Poder Público não se sujeitam ao reexame necessário.

Mas não se pode ignorar que a sentença terminativa em ação popular (art. 19 da Lei 4.717/1965) e em ação civil pública que serve de instrumento de proteção de direitos de pessoas portadoras de deficiência (art. 4º, § 1º, Lei n. 7.853/1989) submete-se ao reexame necessário.

Nesses casos, não vemos qualquer obstáculo à aplicação analógica do § 3º do art. 515 do CPC, permitindo que o tribunal, reformando a sentença no julgamento da remessa necessária, avance e julgue o mérito da causa, se houver condições para isso.

CAPÍTULO XIII

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Sumário • 1. Previsão legal – 2. Natureza jurídica do pedido de suspensão – 3. Legitimidade para o ajuizamento do pedido de suspensão – 4. Competência para o pedido de suspensão – 5. Procedimento do pedido de suspensão – 6. Duração da suspensão concedida – 7. Do agravo interno contra a decisão do pedido de suspensão – 8. Da renovação do pedido de suspensão para o tribunal superior – 9. Da suspensão para várias decisões similares e do pedido de adiantamento – 10. Da possibilidade de utilização concomitante de agravo de instrumento e de pedido de suspensão dos efeitos da liminar.

1. PREVISÃO LEGAL

A suspensão de segurança (em mandado de segurança) está prevista no art. 15 da Lei nº 12.016/2009, que assim dispõe:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º. Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º. A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º. O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

O pedido de suspensão foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 191/1936, que regulou o mandado de segurança previsto na Constituição Federal de 1934. Sua finalidade consistia em conferir efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão favorável ao impetrante, tendo em vista o princípio

da supremacia do interesse público sobre o particular. A regra restou mantida no Código de Processo Civil de 1939 que, ao regular o mandado de segurança, introduziu, no pedido de suspensão, suas causas justificadoras, quais sejam, as de evitar lesão à ordem, à saúde ou à segurança públicas. Posteriormente, a Lei nº 1.533/1951, ao prever o instituto, não se referiu aos motivos do requerimento de suspensão, deixando ao alvedrio do presidente do tribunal a justificativa para o deferimento ou não da suspensão de segurança. O art. 13 da Lei nº 1.533/1951 só se referia à suspensão da execução da sentença. Suprindo essa omissão, a Lei nº 4.348/1964 previu expressamente o pedido de suspensão de liminar e de sentença, definindo seus motivos: a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Reproduzindo a regra, o art. 15 da Lei nº 12.016/2009 prevê o pedido de suspensão em mandado de segurança, permitindo que a pessoa jurídica de direito público ou o Ministério Público dirija tal pedido ao presidente do respectivo tribunal.

Na verdade, passou-se a adotar, por convenção ou por tradição, a terminologia de *suspensão de segurança*¹, porquanto o pedido de suspensão foi, originariamente, criado para o processo de mandado de segurança, com vistas a suspender os efeitos da liminar ou da segurança concedida por sentença.

Atualmente, contudo, o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença contém efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. Daí se poder dizer que, hoje em dia, há a *suspensão de liminar*; a *suspensão de segurança*, a *suspensão de sentença*, a *suspensão de acórdão*, a *suspensão de cautelar*; a *suspensão de tutela antecipada* e assim por diante.

A ação civil pública está disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, cujo art. 12 permite ao juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. Juntamente com o agravo, é possível, sendo a liminar concedida contra a Fazenda Pública, ou havendo interesse desta última que tenha sido atingido pelo provimento de urgência, haver o pedido de suspensão dirigido ao presidente do respectivo tribunal. Esse pedido de suspensão contém previsão no § 1º do referido art. 12 da Lei nº 7.347/1985.

De acordo com o STF, se o provimento tiver sido proferido em ação de controle abstrato de constitucionalidade, não cabe o pedido de suspensão, revelando-se como via inadequada para tanto². O fundamento é o seguinte: “a ação direta de inconstitucionalidade

1. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 167.

2. Ementa: Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Lei Municipal 3.587/2003. Tribunal de Justiça Estadual. Declaração de Inconstitucionalidade. Norma que reproduz Dispositivo da Constituição Federal.

tem como propósito a defesa da ordem constitucional vigente, seja ela federal ou estadual. É instrumento, portanto, que já se encontra, nessa ótica, no mesmo plano finalístico do instituto da suspensão, qual seja, a defesa da ordem pública, exatamente na sua acepção jurídico-constitucional. Ao revigorar, em sede de pedido de suspensão, a eficácia de uma norma estadual ou municipal, a Presidência do Supremo Tribunal Federal nada mais estaria fazendo do que reavaliar, numa espécie de instância revisional cautelar, o próprio juízo preliminar de existência de lesão à ordem constitucional local levada a efeito no Tribunal de Justiça estadual” (STF, SL 73-AgRg, rel. min. Ellen Gracie).

A execução de liminar nas ações movidas contra a Fazenda Pública pode ser suspensão, caso haja igualmente grave lesão a um dos aludidos interesses públicos relevantes, ou, ainda, em sendo flagrantemente ilegítimo o provimento de urgência deferido. As medidas cautelares e demais liminares contra a Fazenda Pública estão, em outras palavras, sujeitas igualmente a um pedido de suspensão a ser intentado perante o presidente do respectivo tribunal. Tal pedido de suspensão encontra escoro no art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, sendo certo que esse dispositivo aplica-se à sentença proferida em processo de *ação cautelar inominada*, no processo de *ação popular* e na *ação civil pública*, enquanto não transitada em julgado. É o que estabelece o § 1º do mencionado art. 4º da Lei nº 8.437/1992. Essa lei traz o regramento mais exaustivo sobre o pedido de suspensão de segurança: além do *caput*, são nove parágrafos que disciplinam o procedimento deste incidente processual. É possível dizer, então, que se trata do regime jurídico geral para o pedido de suspensão de segurança.

Tal dispositivo aplica-se à *tutela antecipada* concedida contra a Fazenda Pública, por força do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

O *habeas data* está regulamentado na Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Ali se estabelecem os requisitos e todo o procedimento para o remédio constitucional do *habeas data*, fixando-se que da sentença que conceder ou negar o *habeas data* cabe apelação (art. 15), sendo certo que, quando a sentença for concessiva, tal recurso terá efeito meramente devolutivo (art. 15, parágrafo único). Quanto ao pedido de suspensão, vem previsto no art. 16 da mencionada Lei nº 9.507/1997.

Recurso Extraordinário. Admissibilidade. Suspensão de Liminar. Hipóteses de Cabimento.

1. Controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal que reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória pelos entes da Federação. Competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade de interposição de recurso extraordinário se a interpretação conferida à legislação contrariar o sentido e o alcance do dispositivo da Carta Federal. Precedentes.

2. Representação de inconstitucionalidade. Concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da norma. Pedido de suspensão de liminar. Via processual inadequada para sustar os efeitos da cautelar concedida no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Lei 8.437/92. Processo objetivo. Inaplicabilidade. Precedentes.” (Acórdão unânime do Pleno do STF, SL 10 AgR/SP, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 11/3/2004, DJ de 16/4/2004, p. 53).

Aí está, pois, a disciplina legal do pedido de suspensão, cabível nos casos previstos nos citados dispositivos.

2. NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

O pedido de suspensão não detém natureza recursal, por não estar previsto em lei como recurso e, igualmente, por não gerar a reforma, anulação nem desconstituição da decisão liminar ou antecipatória. Desse modo, o requerimento de suspensão *não* contém o efeito substitutivo a que alude o art. 512 do CPC³.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o juízo exercido no julgamento do pedido de suspensão ostenta feição política⁴, daí resultando não ser cabível o Recurso Especial⁵. Isso porque tal apelo extremo visa a combater argumentos que digam respeito a exame de legalidade, e não a análise de juízo político. O STF também entende não caber recurso extraordinário de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão.

Na realidade, o pedido de suspensão, ao contrário do que possa parecer, não provoca atividade administrativa do presidente do tribunal, que, no seu exame, não exerce juízo político. E nem poderia ser diferente, já que não seria correto admitir que uma decisão *administrativa* ou *política* atingisse uma decisão *judicial*⁶. Além do mais, se a atividade, nesse caso, fosse administrativa, poderia o presidente do tribunal agir de ofício, não necessitando de requerimento da Fazenda Pública para suspender provimentos de urgência⁷.

Com efeito, muito embora os tribunais superiores atribuam ao pedido de suspensão a natureza de atividade político-administrativa, o certo é que tal incidente contém nítida feição judicial, em cujo âmbito se analisa a violação a interesses públicos, como segurança, ordem, saúde e economia. A depender dos elementos concretos da causa é que se poderá avaliar a lesão perpetrada a um desses interesses públicos relevantes. A impossibilidade de interposição, no caso, de recurso especial e de recurso extraordinário não decorre de sua suposta natureza administrativa ou

-
3. “Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.
 4. Com essa opinião, NORTHFLEET, Ellen Gracie. “Suspensão de sentença e de liminar”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 97, p. 184.
 5. STJ, 1ª T., REsp n. 768.480/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 17.11.2005, publicado no DJ de 05.12.2005, p. 243.
 6. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2000, p. 96.
 7. BRANDÃO, Flávia Monteiro de Castro. “A suspensão das medidas de urgência nas ações contra o Poder Público à luz do devido processo legal”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 4, p. 31.

política; resulta, isto sim, da vedação, no espectro de tais recursos, à análise de matéria de fato ou de prova, pois a lesão a tais interesses depende, muitas vezes, do contexto fático contido na demanda. No entanto, é bom lembrar, as hipóteses de cabimento do pedido de suspensão de segurança trazem conceitos jurídicos indeterminados, que podem ser controlados por recurso especial, embora seja mais difícil esse controle, porquanto normalmente envolva o reexame de questões fáticas. Sobre o tema, ver item específico no capítulo sobre os recursos excepcionais.

Independentemente de se lhe atribuir natureza administrativa, política ou judicial, não restam dúvidas de que o pedido de suspensão constitui incidente processual⁸, com finalidade de *contracautela*, voltado a subtrair da decisão sua eficácia. No seu âmbito não se examina o mérito da controvérsia principal, quilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes.

De qualquer maneira, o pedido de suspensão de segurança é um ato postulatório. Como todo ato postulatório, há pedido e causa de pedir. O pedido, aqui, é o da sustação da eficácia da decisão impugnada, sem que se peça sua anulação ou reforma. A causa de pedir é a violação a um dos interesses juridicamente protegidos previstos nas hipóteses de cabimento já examinadas (paz social, ordem pública, economia etc.). Eis, assim, o mérito do pedido de suspensão de segurança, dado muito importante para distinguir esse instituto de um recurso. Bem examinado o tema, é correto dizer que o pedido de suspensão de segurança é um incidente que visa tutelar interesse difuso.

3. LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

O pedido de suspensão pode ser intentado por pessoa jurídica de direito público, ou seja, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, pelas autarquias e fundações públicas. Como as agências reguladoras são consideradas autarquias especiais, podem igualmente ajuizar pedido de suspensão ao presidente do tribunal. Enfim, todos aqueles que integram o conceito de Fazenda Pública podem valer-se da dessa medida de contracautela.

O Ministério Público também ostenta legitimidade para ajuizar o pedido de suspensão ao presidente do tribunal – lembre-se que o objeto litigioso neste incidente é a proteção a um interesse difuso. A legitimidade do MP está prevista no

8. Assim, também, *Suspensão de segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*: São Paulo: RT, 2000. p. 92.

caput do art. 4º da Lei Federal n. 8.437/1992, mas pode ser estendida, por analogia, a todas as hipóteses de pedido de suspensão de segurança.

As concessionárias de serviço público, que se revistam da condição de empresas públicas ou sociedades de economia mista, são pessoas jurídicas de direito privado, não se encartando, portanto, no conceito de Fazenda Pública. Por essa razão, não estariam legitimadas, em princípio, a intentar o pedido de suspensão junto ao Presidente do Tribunal competente.

Conquanto não se encaixem no conceito de Fazenda Pública nem desfrutem da condição de pessoas jurídicas de direito público, as concessionárias de serviço público integram a Administração Pública indireta, exercendo atividade pública. Se, no exercício dessa atividade pública, houver algum provimento de urgência ou de cumprimento imediato que cause lesão à ordem, à economia, à saúde ou à ordem pública, cabe o pedido de suspensão pela concessionária de serviço público⁹.

As concessionárias de serviço público somente podem valer-se do pedido de suspensão, se houver interesse público, ou seja, se a decisão que se pretende suspender ofende o interesse público. Se, diversamente, o que há é mero interesse particular da concessionária, não se admite o pedido de suspensão.¹⁰

De igual modo, o prefeito municipal, aliado do exercício do mandato, por efeito de medida liminar, tem legitimidade para requerer a suspensão desta¹¹. É

-
9. CÂMARA, Alexandre Freitas. As sociedades de economia mista em juízo. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética. 2004, p. 18-19.
10. "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. BRASIL TELECOM S/A. LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE ACESSO À INTERNET. CONCORRÊNCIA COM EMBRATEL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. NÃO-CO-NHECIMENTO DO AGRAVO. SÚMULA 182/STJ. 1. São partes legítimas para pleitear suspensão de execução de decisão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público, nos termos da Lei nº 4.348/64, art. 4º. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido também o ajuizamento da excepcional medida por entidades de direito privado no exercício de atividade delegada da Administração Pública, como as sociedades de economia mista e as concessionárias prestadoras de serviço público, quando na defesa de interesse público, naturalmente. 3. Tal construção jurisprudencial tem a finalidade de assegurar a preservação do interesse público, evitando-se a sobreposição do interesse privado. 4. Evidencia-se a ilegitimidade da Brasil Telecom S/A para propor pedido de suspensão de segurança, tendo em vista que manifesta o intuito de defender interesse próprio, eminentemente particular, pretendendo a adjudicação de contrato com órgão público, em igualdade de concorrência com outra concessionária pública, a Embratel. 5. Constitui pressuposto objetivo de admissibilidade de qualquer recurso a motivação, cumprindo ao recorrente não apenas declinar as razões de seu inconformismo, mas atacar precisamente os fundamentos que embasaram a decisão recorrida (CPC, art. 514, II). 6. Ausente a impugnação dos fundamentos da decisão que negou seguimento ao pedido de suspensão, esta permanece íntegra. Súmula nº 182 do STJ. 7. Agravo regimental não-conhecido". (Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, AgRg na SS 1.277/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 25/10/2004, publicado no *DJ* de 06/12/2004, p. 174).
11. Acórdão unânime do Pleno do STF, SS 444 AgR/MT, rel. Min. Sydney Sanches, j. 20/05/1992, *DJ* de 04/09/1992, p. 14.088.

que a questão envolve nítido interesse público, a permitir o uso da medida de contracautela.

Para ajuizar o pedido de suspensão ao presidente do tribunal, “pouco importa se a pessoa jurídica tenha sido parte no processo. Nada impede que tal incidente seja o primeiro momento de intervenção deste terceiro que até então não participara do feito. Claro que a partir do momento em que é admitido o seu ingresso, deixa a condição de terceiro prejudicado e passa a ser mais um sujeito no processo”.¹²

4. COMPETÊNCIA PARA O PEDIDO DE SUSPENSÃO

O provimento liminar ou antecipatório deferido por um juízo de primeira instância poderá ter sua eficácia sustada por decisão tomada no âmbito do pedido de suspensão pelo presidente do tribunal ao qual esteja vinculado. Desse modo, deferido um provimento liminar por um juízo de primeira instância, é possível o ajuizamento do pedido de suspensão para o presidente do tribunal ao qual aquele juiz esteja vinculado.

Em outras palavras, a competência para apreciar o pedido de suspensão é do presidente do tribunal que teria competência para julgar o recurso contra a decisão concessiva do provimento liminar, antecipatório ou final de mérito. Assim, concedida, por exemplo, uma liminar por um juiz federal, o pedido de suspensão será intentado perante o presidente do respectivo TRF. Sendo, por sua vez, concedido provimento de urgência por um juiz estadual, o pedido de suspensão deve ser ajuizado perante o presidente do respectivo tribunal de justiça. E nem poderia ser diferente, pois, diante da hierarquia própria do Poder Judiciário, os juízes devem respeito e obediência aos tribunais aos quais estão vinculados, não estando obrigados ao cumprimento de decisões exaradas por tribunais que não exerçam ascendência hierárquica sobre eles.

Desse modo, nas hipóteses em que o juiz estadual esteja exercendo competência federal (CF/88, art. 109, § 3º), o pedido de suspensão será intentado perante o presidente do Tribunal Regional Federal que abranja aquela área geográfica. Isso porque, nesse caso, o juiz estadual está dotado de competência federal, estando submetido, hierarquicamente, ao respectivo TRF.

Caso, todavia, o provimento liminar ou antecipatório seja concedido, originariamente, pelo tribunal, o pedido de suspensão deverá ser intentado junto ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Presidente Superior Tribunal de Justiça, quando

12. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, cit., p. 120.

a causa tiver por fundamento, respectivamente, matéria constitucional ou infraconstitucional (art. 25 da Lei Federal n. 8.038/1990). Com o advento da Lei n. 11.187/2005, a decisão do relator que concede efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal em agravo de instrumento (CPC, art. 527, III) passou a ser irrecurável, cabendo simples pedido de reconsideração. Diante disso, como não cabe mais o agravo interno, é possível ajuizar-se, desde logo, a suspensão de liminar ao presidente do STF ou do STJ, sendo a matéria, respectivamente, constitucional ou infraconstitucional.

E se a causa de pedir da petição inicial do autor contiver fundamentos constitucional e infraconstitucional, o pedido de suspensão deve ser dirigido ao Presidente do STF ou ao Presidente do STJ? Há quem defenda que, numa hipótese como essa, dever-se-ia aplicar, por analogia, o disposto no art. 543 do CPC, de sorte que seria ajuizado o pedido de suspensão para o Presidente do STJ. Caso este entendesse ser a matéria constitucional, remeteria o pedido ao Presidente do STF, o qual, não concordando, devolveria para o Presidente do STJ¹³.

Rogando as escusas de praxe, não parece ser esse o expediente a ser adotado.

Com efeito, havendo matéria constitucional, a competência para o pedido de suspensão é do Presidente do STF, tal como se infere do teor do art. 25 da Lei nº 8.038/1990, ainda que venha cumulada ou imbricada com uma outra matéria de índole infraconstitucional. A matéria constitucional absorve a matéria infraconstitucional, atribuindo-se a competência para o pedido de suspensão ao Presidente do STF.

5. PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

O pedido de suspensão é formulado por meio de uma petição dirigida ao presidente do tribunal. Por aí já se percebe não ser possível que haja deferimento de suspensão de ofício; é preciso existir provocação da Fazenda Pública interessada ou do Ministério Público.

Não há requisitos formais previstos em lei para o pedido de suspensão; exige-se, apenas, que haja *requerimento* da pessoa jurídica de direito público interessada ou do MP. Embora não haja a fixação de requisitos formais, deve o requerente, no pedido de suspensão, narrar os fatos e fundamentos da demanda em que proferida a liminar ou decisão que se pretende suspender. Deve, demais disso, demonstrar o teor da decisão hostilizada e o dano a um ou mais dos interesses públicos primários (saúde, economia, segurança e/ou ordem pública). E, finalmente, cumpre formular o requerimento final, postulando a suspensão da decisão.

13. BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandato de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 194.

Apresentada a petição do pedido de suspensão, o presidente do tribunal poderá adotar uma das seguintes medidas:

a) determinar a “emenda” ou complementação da petição, com o esclarecimento de algum detalhe ou a juntada de algum documento essencial que não tenha sido trazido, a exemplo da cópia da decisão que se pretende suspender;

b) denegar o pedido de suspensão, por não vislumbrar a lesão à ordem, à economia, à saúde nem à segurança pública;

c) determinar a intimação do autor e do Ministério Público para que se pronunciem em 72 (setenta e duas) horas (art. 4º, § 2º, da Lei Federal n. 8.437/1992). Note-se que o mencionado dispositivo legal prescreve que o Presidente do Tribunal “poderá ouvir” o autor e o MP. É preciso compreender corretamente essa disposição, pois uma leitura apressada poderia levar ao entendimento equivocado de que o contraditório, neste incidente, pode ou não ocorrer¹⁴. Se o Presidente do Tribunal denegar o pedido liminarmente, realmente não há necessidade de estabelecer o contraditório. Se, porém, o Presidente admitir o incidente ou conceder liminarmente a suspensão da decisão, o contraditório se impõe, devendo ser intimados o autor e o Ministério Público, para se manifestarem sobre essa demanda.

d) conceder, liminarmente, o pedido, sobrestando o cumprimento da decisão, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (art. 4º, § 7º, da Lei n. 8.437/1992).

6. DURAÇÃO DA SUSPENSÃO CONCEDIDA

Não há limite temporal para o ajuizamento do pedido de suspensão; poderá ser intentado enquanto durar o risco de grave lesão a um dos interesses públicos relevantes. O marco final para que se possa ajuizar o pedido de suspensão é o trânsito em julgado. Enfim, o pedido de suspensão pode ser intentado a qualquer momento, enquanto persistir a grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas e, igualmente, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado; e “é mesmo possível que a potencialidade de risco surja em momento posterior ao da prolação da liminar ou sentença atacadas”¹⁵.

14. Assim, por exemplo, o pensamento de Ellen Gracie Northfleet, com o qual não se concorda: “O requerimento de suspensão não constitui, portanto, recurso e, menos ainda ação. Nele não há espaço para contraditório, ainda que o Presidente possa, a seu exclusivo critério, ouvir a parte requerida e o órgão do Ministério Público”. (NORTHFLEET, Ellen Gracie. “Suspensão de sentença e de liminar”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 97, p. 184).

15. NORTHFLEET, Ellen Gracie. “Suspensão de sentença e de liminar”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n.97, p. 188.

Uma vez acolhido o pedido de suspensão, a sustação da eficácia da decisão liminar ou antecipatória “vigora até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” (§ 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992).

A regra da *ultratatividade* da suspensão deferida pelo presidente do tribunal parecia não se aplicar ao processo de mandado de segurança, por com ele não ser compatível. Além do mais, no mandado de segurança não há “ação principal”, cuja sentença vá transitar em julgado. O pedido de suspensão, no mandado de segurança, estava disciplinado pela Lei nº 4.348/1964. O § 2º do art. 4º da Lei nº 4.348/1964 determinava que se aplicassem ao pedido de suspensão em mandado de segurança os §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, não havendo, portanto, a extensão da regra encartada no § 9º. Logo, não havia previsão de *ultratatividade* no deferimento do pedido de suspensão, quando se tratasse de mandado de segurança¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal entendeu diferente.

A propósito, assim é o que está dito no enunciado n. 626 da súmula do STF: “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”. Ratifica-se, aqui, o que foi dito no item 1 deste capítulo: o regime jurídico do pedido de suspensão previsto no art. 4º da Lei Federal n. 8.437/1992 está sendo encarado como um regramento geral, até por ser o mais exaustivo.

Uma vez deferida a suspensão de liminar, seus efeitos prolongam-se até o trânsito em julgado da decisão final. Daí por que, determinado o cumprimento de acórdão superveniente, cabível reclamação para o STF por desrespeito à decisão de seu Presidente que suspendera a liminar e, conseqüentemente, o superveniente acórdão¹⁷.

Para que a suspensão da liminar tenha, no mandado de segurança, *ultra-atividade*, ou seja, para que ela perdure até o trânsito em julgado da decisão final, é preciso,

16. BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 241-247. Em sentido contrário, admitindo a ultra-atividade também para o processo de mandado de segurança: SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. “Da ultra-atividade da suspensão de liminar em *writ*”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1994, n. 701, p. 22-29.

17. “Persiste, após a concessão da segurança pelo Tribunal estadual, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal, que, fundada no art. 4º da Lei nº 4.348-64, suspendeu a execução de liminar dotada dos mesmos efeitos do mandado deferido no mérito. Reclamação julgada procedente por maioria de votos.” (Acórdão não unânime do Pleno do STF, Rel 429/SC, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 14.10.1993, publicado no *DJ* de 18.05.2001, p. 65).

no entendimento firmado pelo STF, que o fundamento da sentença coincida com o da liminar. Vale dizer que, proferida a sentença, e mantida a *mesma* situação que deu ensejo à suspensão da liminar, devem ser suspensos também os efeitos da sentença. Se, ao contrário, a sentença vier a ser proferida sob novas condições de fato ou de direito, que afastem o motivo que gerou a suspensão da liminar, estará, então, afastada a *ultra-atividade* da suspensão que já fora deferida. De acordo, mas e aquela discussão que o STJ vem travando sobre uma preclusão hierárquica?

Como o pedido de suspensão existe para que se preserve o interesse público primário, evitando-se a consumação de grave lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas, seria desgastante, arriscado, temerário e até contrário ao interesse público, exigir que o Poder Público tivesse que ajuizar *novo* pedido de suspensão, desta feita de nova decisão, quando ainda persistem os *mesmos* motivos que renderam ensejo ao deferimento da suspensão de liminar.

É bem verdade que não parece lógico manter suspensa a sentença e as decisões posteriores, antes mesmo de elas existirem. Parece necessário, contudo, manter coerência e unidade no sistema, evitando que a lesão que se evitou com o deferimento da suspensão de liminar, se consume, quando sobrevenha sentença ou qualquer outra decisão posterior.

Demais disso, o enunciado n. 626 da súmula do STF parece estar preservando a hierarquia entre os órgãos jurisdicionais. Imagine-se a hipótese de o presidente do tribunal conceder o pedido de suspensão, vindo sua decisão a ser confirmada pelo Plenário ou pela Corte Especial. Mesmo tendo havido a concessão da medida de *contracautela*, com sua confirmação pelo órgão máximo do tribunal, é comum haver situações em que o juízo de primeira instância açoda-se em proferir sentença de procedência na demanda originária, com o que pretende que se considerem revogadas tanto a decisão do presidente como a que a confirmou, da lavra do órgão máximo do tribunal. Para que se evite tal situação, a suspensão da liminar, determinada pelo presidente do tribunal, vigora até o trânsito em julgado da sentença de mérito.

Como se vê, a decisão que defere o pedido de suspensão vigora até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida no processo principal.

7. DO AGRAVO INTERNO CONTRA A DECISÃO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

Da decisão do presidente do tribunal que defere ou indefere o pedido de suspensão cabe – na dicção do § 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 – agravo interno para o Plenário ou Corte Especial. Se o tribunal tiver menos de 25 (vinte e cinco) membros, as decisões de seu presidente são revistas pelo plenário. Tendo o tribunal

mais de 25 (vinte e cinco) membros, poderá constituir corte especial, dentre cujas atribuições está a de revisar as decisões do presidente do tribunal.

Referido agravo interno deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, não havendo necessidade de inclusão em pauta.

Quando o pedido de suspensão era intentado em razão de uma decisão proferida no processo de mandado de segurança, o agravo interno estava previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/1964. Tal dispositivo somente previa o agravo da decisão que *deferisse* o pedido de suspensão, fixando-lhe o prazo de 10 (dez) dias. Em se tratando de decisão *denegatória*, não havia possibilidade de se interpor o recurso, por falta de previsão legal. Essa, aliás, foi, durante muito tempo, a orientação ministrada pelo Supremo Tribunal Federal e, igualmente, pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o enunciado 506 da súmula do STF estabelecia que: “o agravo a que se refere o art. 4º da Lei nº 4.348, de 26.6.64, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que *defer* a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a *denega*”. Na esteira desse entendimento, assim dispunha o enunciado 217 da súmula do STJ: “não cabe agravo de decisão que *indefer* o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Questão de Ordem na Suspensão de Segurança nº 1.945/AL, resolveu *cancelar* o n. 506 da sua súmula. Na trilha da nova orientação firmada pelo STF, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do dia 16 de junho de 2003, ao apreciar o agravo regimental na SS 1.166-SP, admitiu, por maioria de votos, o agravo interno contra a decisão do Presidente que *indeferiu* o pedido de suspensão em mandado de segurança, o que gerou o cancelamento do verbete n. 217 da súmula da jurisprudência predominante do STJ.

Então, a partir desse novo entendimento, da decisão do presidente que *defer* ou *indefer* o pedido de suspensão cabe o agravo interno, ainda que se trate de processo de mandado de segurança.

O art. 15 da Lei nº 12.016/2009, reproduzindo a redação do art. 4º da Lei nº 4.348/1964, prevê o agravo interno somente da decisão que *defer* o pedido de suspensão. Pelas razões já expostas, não se deve restringir o cabimento do agravo interno, sendo certo que este se afigura cabível, no prazo de cinco dias, tanto do *deferimento* como do *indeferimento* do pedido de suspensão.

Parece, então, que, *indeferido* o pedido de suspensão, mesmo que seja em mandado de segurança, o prazo do agravo interno será de 5 (cinco) dias. Nesse

caso, não se aplica o art. 188 do CPC, não havendo prazo em dobro. O prazo para a interposição do agravo interno é de 5 (cinco) dias. O Supremo Tribunal Federal sempre aceitou a aplicação do prazo em dobro para o agravo interno. E continua aceitando, a não ser para aqueles casos em que há prazo legal *específico*. Não se aplica o art. 188 do CPC para o agravo interno previsto no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, que incide também no processo de mandado de segurança. É que se trata de prazo legal *específico*, relativo ao agravo a ser interposto contra a decisão de denega o pedido de suspensão¹⁸.

Tudo está a demonstrar, em suma, que tanto da decisão que defere como da que indefere o pedido de suspensão cabe o agravo interno, a ser interposto no prazo 5 (cinco) dias.

O agravo pode ser interposto, enfim, contra a decisão do Presidente do Tribunal que: a) rejeita liminarmente o pedido de suspensão; b) concede liminarmente o pedido de suspensão; c) concede em caráter definitivo o pedido de suspensão, após o contraditório; d) denega em caráter definitivo o pedido de suspensão, após o contraditório.

8. DA RENOVAÇÃO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO PARA O TRIBUNAL SUPERIOR

Já se viu que, deferida uma liminar ou um provimento de urgência por um juiz de primeira instância, o pedido de suspensão será dirigido ao presidente do tribunal ao qual aquele magistrado esteja vinculado. Caso a liminar venha a ser concedida, originariamente, pelo tribunal, o pedido de suspensão é intentado perante o presidente do STF ou perante o presidente do STJ, a depender da natureza da matéria contida na *causa petendi* da petição inicial, constitucional ou infraconstitucional.

Cumprе concentrar-se na hipótese de a liminar ou o provimento ter sido concedido por um juiz de primeira instância. Nesse caso, não custa repetir que o pedido de suspensão é endereçado ao presidente do respectivo tribunal, o qual poderá *deferir* ou *indeferir* o pleito de suspensão.

Deferido o pedido de suspensão, restará atendido o interesse manifestado pela Fazenda Pública, franqueando-se ao autor da ação originária interpor um agravo interno que será apreciado pelo Pleno ou pela Corte Especial, a depender da composição do tribunal. Não vindo a ser provido o agravo do autor, não lhe restará mais nada a fazer, porquanto, conforme já se acentuou, não cabe, segundo

18. Acórdão unânime do Pleno do STF, SS 2.198 AgR-AgR/PE, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 03.03.2004, publicado no *DJ* de 02.04.2004, p. 10.

orientação já firmada pelo STF e pelo STJ, recurso extraordinário nem recurso especial de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão. Manter-se-á a suspensão até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Uma vez rejeitado o pedido de suspensão, a Fazenda Pública poderá interpor, de igual modo, um agravo interno para o Pleno ou para a Corte Especial do respectivo tribunal. Vindo a ser provido o agravo, quedará atendido o interesse manifestado pela Fazenda Pública, mantendo-se suspensa a liminar ou o provimento de urgência “até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”. Nesse caso, não caberá recurso extraordinário nem recurso especial, consoante já dito e repetido.

Na hipótese de, deferida a suspensão, o agravo interno do autor vier a ser provido, serão restaurados os efeitos da liminar ou do provimento de urgência. Não poderá a Fazenda Pública, em casos como esse, interpor recurso extraordinário nem recurso especial, pois, não custa repetir mais uma vez, tais apelos não são cabíveis no âmbito do pedido de suspensão. A mesma situação ocorre quando, rejeitado o pedido de suspensão, vier a ser mantida a decisão denegatória, com o desprovimento do agravo interno interposto pela Fazenda Pública.

Ocorrendo uma dessas hipóteses, permite-se que a Fazenda Pública *renove* o pedido de suspensão, desta feita para o presidente do STF ou para o presidente do STJ, caso o fundamento seja, respectivamente, constitucional ou infraconstitucional. É o que se extrai da regra contida no § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992¹⁹.

Admite-se, como se observa, a *renovação* do pedido de suspensão para o respectivo tribunal superior, o qual irá, no caso, suspender ou não uma decisão de um juízo de primeira instância, num verdadeiro pedido de suspensão “*por salto de instância*”, assemelhando-se à hipótese do “*recurso extraordinário por salto de instância*” do direito argentino²⁰.

Há quem considere inconstitucional esse novo pedido de suspensão de segurança, por se tratar, em verdade, de um recurso, pois se repete pedido que fora negado – e recurso para o STJ ou STF somente pode ser criado por emenda constitucional²¹. Além disso, fere-se o princípio da igualdade²².

19. “Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

20. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 171-173.

21. “O ‘novo’ pedido de suspensão, assim, é forma de acesso *imediato* às Cortes Superiores, substituindo, com vantagens, eventual recurso especial ou recurso extraordinário que, pelo menos na letra do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, nem sequer teriam processamento imediato por serem interpostos de decisão liminar”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192).

22. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*, cit., p. 193; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.742.

A renovação somente é permitida *após* o julgamento proferido no agravo interno. Ainda que rejeitado o pedido de suspensão, a Fazenda Pública *não* poderá, desde logo, renová-lo ao tribunal superior. Deverá, antes disso, interpor o agravo interno e aguardar seu julgamento. Confirmada, no julgamento do agravo interno, a rejeição do pedido de suspensão, caberá, somente a partir daí, sua renovação para o presidente do respectivo tribunal superior.²³

9. DA SUSPENSÃO PARA VÁRIAS DECISÕES SIMILARES E DO PEDIDO DE ADITAMENTO

De acordo com o § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, “as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Tal dispositivo aplica-se, igualmente, aos pedidos de suspensão de liminares ou sentenças proferidas no processo de mandado de segurança, mercê do disposto no § 5º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009.

A regra atende à *economia processual*, permitindo-se que, numa única decisão, o presidente do tribunal suspenda, a um só tempo, várias liminares que tenham idêntico objeto, podendo-se, ainda, estender a suspensão já deferida a novas liminares que venham ser concedidas posteriormente. De igual modo, a regra elimina uma das maiores mazelas do processo civil moderno, que é a *divergência jurisprudencial*: ocorre, com frequência, situações em que um sujeito obtém determinado provimento de urgência, enquanto várias outras pessoas, nas mesmas condições, não logram o mesmo êxito, causando uma ofensa ao princípio da *isonomia* e privilegiando aquele que, por sorte ou por um detalhe específico de sua demanda, conseguiu manter vigente o provimento²⁴.

23. Em sentido contrário: “AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PLEITO INDEFERIDO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL A *QUO*. FORMULAÇÃO DE NOVO PEDIDO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO NA CORTE DE ORIGEM. DESNECESSIDADE. – Nos processos de incidência da Lei n. 8.437, de 30.6.1992, o ajuizamento de novo pedido de suspensão junto ao Superior Tribunal de Justiça, após negado o primeiro pelo Presidente do Tribunal *a quo*, não se condiciona à interposição ou ao julgamento de agravo interno na origem. Precedente: AgRg na SL n. 96-AM. Agravo provido, a fim de que seja decidido o mérito do pedido de suspensão.” (Acórdão por maioria da Corte Especial do STJ, AgRg na SLS 370/PE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.06.2007, DJ de 13.08.2007, p. 280).

24. A isonomia como critério para eliminação da divergência jurisprudencial é analisada por Rodolfo de Camargo Mancuso (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 114-137). A propósito, é digno de nota o seguinte trecho: “É nesse contexto do tratamento judicial isonômico aos casos assemelhados que se coloca a questão da jurisprudência uniformizada (predominante/sumulada) e de

A possibilidade de o presidente do tribunal, numa única decisão, suspender, a um só tempo, várias liminares ou provimentos de urgência conspira em favor do interesse público. É que, se em uma demanda que contenha, como parte autora, apenas uma pessoa, com insignificante expressão econômica, vier a ser concedida uma liminar, afigura-se sobremaneira difícil demonstrar a ocorrência de grave lesão a um dos interesses públicos relevantes.

É corriqueiro, entretanto, haver casos que caracterizam as chamadas *demandas de massas*: milhares de pessoas que litigam contra a Fazenda Pública encontram-se na mesma situação, em demandas diversas, com o mesmo objeto. Desse modo, em face de uma liminar ou de um precedente específico, seguirão na mesma trilha várias e várias pessoas, dando azo ao ajuizamento de incontáveis pedidos de suspensão para o presidente do tribunal, cujo volume de trabalho irá elevar-se consideravelmente.

Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, desponta o *efeito multiplicador* como elemento relevante para o deferimento do pedido de suspensão. Assim, mesmo que a liminar beneficie, apenas, uma pessoa, haverá de ser deferido o pedido de suspensão, caso haja várias demandas similares em andamento, surgindo uma potencial lesão ao interesse público, com a probabilidade de se concretizar o chamado *efeito multiplicador*, caracterizado pela multiplicação de liminares a serem concedidas em demandas que contenham o mesmo objeto.

Nesse caso, em virtude da norma sob comento, além de ser possível deferir uma suspensão que atinja, a um só tempo, várias liminares, pode-se igualmente estender os efeitos de suspensão anteriormente concedida a vários outros provimentos de urgência, sobrestando seus respectivos cumprimentos. Assim, concedida uma liminar, pode ser ajuizado um pedido de suspensão que lhe subtraía os efeitos. A superveniência de outras liminares poderá render ensejo a um simples pedido de aditamento, formulado naquele anterior pedido de suspensão, para que a decisão já deferida seja estendida a esses novos casos supervenientes, com o que se estará suspendendo, de igual modo, essas novas liminares.

sua aptidão para servir como parâmetro, *in abstracto*, para os casos pendentes e futuros nela subsumidos, objetivo para o qual se apreenham várias propostas e alternativas, com destaque atual para o fomento do caráter vinculante das súmulas. Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciais absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões, de cidadãos, como ocorre nas chamadas *demandas múltiplas*, ajuizadas em razão de certos interesses de massa, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores.” (p. 133).

10. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO CONCOMITANTE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR

O § 6º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 diz o seguinte: “A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão”.

Isso quer dizer que o ente público pode valer-se, contra a decisão liminar que lhe for desfavorável, ao mesmo tempo, de um recurso (agravo) e do pedido de suspensão, sem que se possa falar de preclusão consumativa ou falta de interesse processual na utilização de um desses meios, tendo havido o manejo do outro. Há um *cumulo* e não um *concurso* de meios de impugnação. A intenção do legislador foi a de criar outro caminho para o Poder Público chegar mais rapidamente aos tribunais superiores.

A solução justifica-se na circunstância de possuírem esses remédios natureza e objetivos distintos, conforme já se viu. Enquanto recurso tem o objetivo de reformar/invalidar a decisão, sob o fundamento de *error in iudicando* ou *error in procedendo*, o pedido de suspensão de segurança visa apenas à suspensão dos efeitos da decisão, sem discutir sobre a sua justiça ou validade.

Denegado o agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar, cabe a formulação de pedido de suspensão de segurança ao STJ ou STF, conforme a natureza da matéria discutida (§ 5º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992)²⁵. É importante notar que não se trata de um *novo pedido de suspensão de segurança*, examinado linhas atrás. O pedido de suspensão é feito pela primeira vez, após a decisão do agravo de instrumento. Trata-se de aplicação do art. 25 da Lei n. 8.038/1990, tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial contra acórdão em agravo de instrumento (art. 542, § 3º, CPC, e súmula do STJ, n. 86: “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”). Os vícios de inconstitucionalidade apontados para o *novo pedido de suspensão de segurança* aqui não se verificam.

O § 3º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009 reproduz o disposto no § 6º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992. Quer isso dizer que, no mandado de segurança, cabe contra liminar concedida pelo juiz de primeira instância agravo de instrumento

25. “§5º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o parágrafo anterior, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo”.

e pedido de suspensão, sendo certo que um não impede o outro, nem o condiciona ou vincula. Enfim, é possível, no mandado de segurança, a interposição de agravo de instrumento e, também, o ajuizamento do pedido de suspensão dirigido ao presidente do respectivo tribunal, podendo as medidas ser intentadas simultaneamente.

DA ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

Sumário • 1. Generalidades – 2. A função do regimento interno dos tribunais – 3. Protocolo, registro e distribuição – 4. Conexão e prevenção – 5. Distinções: voto, julgamento e acórdão (a necessidade de ementa no acórdão) – 6. A tutela de urgência no âmbito recursal – 7. A produção de prova em tribunal – 8. Relator: 8.1. Generalidades; 8.2. Análise do art. 557 do CPC; 8.3. O agravo interno – 9. Revisor – 10. O julgamento: 10.1. A colegialidade como regra; 10.2. Convocação de outros juizes para a composição do *quorum* do julgamento; 10.3. Da ordem de julgamento, inclusão e publicação da pauta; 10.4. Exposição da causa pelo relator; 10.5. Sustentação oral: 10.5.1 Generalidades; 10.5.2. O momento para a apresentação da sustentação oral; 10.5.3. A publicidade como meio de viabilizar a sustentação oral; 10.5.4. Pedido de sustentação oral; 10.5.5. Casos em que não se admite a sustentação oral; 10.5.6. Aplicação do art. 557 do CPC e o cabimento da sustentação oral; 10.5.7. Sustentação oral *versus* esclarecimento de fato. 10.6. Pedido de vista; 10.7. Julgamento separado do juízo de admissibilidade e de cada um dos pedidos cumulados; 10.8. Correção de defeito processual no julgamento em tribunal; 10.9. A dispersão de votos (quando não se atingiu a maioria). O voto-médio; 10.10. Modificação de voto – 11. Incidentes em julgamento de tribunal.

1. GENERALIDADES

O Código de Processo Civil, nos arts. 547 a 565, trata da ordem dos processos no tribunal. Tais dispositivos estão encartados no Capítulo VII do Título X do Livro I, valendo dizer que o capítulo em que se inserem esses dispositivos está contido no título relativo aos recursos.

Embora inseridos no título concernente aos recursos, tais dispositivos aplicam-se a quaisquer processos que tramitam no tribunal: recursos, ações originárias, incidentes, todos, enfim, processos que ali tenham curso expõem-se àquelas regras¹.

Em geral, o procedimento no tribunal tem duas fases distintas: uma perante o relator, a quem se atribui a função de praticar todos os atos até a sessão de julgamento, e a outra, de competência do colegiado, que tem por finalidade o debate e o julgamento do caso².

A essas regras contidas no Código de Processo Civil acrescem aquelas contidas nos regimentos internos dos tribunais, as quais, nos termos do art. 96, I, a, da Constituição Federal, dispõem sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

A seguir, serão examinadas essas regras que se aplicam aos processos no tribunal.

-
1. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, n. 27, p. 260; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 364; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 8, p. 211; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, n. 335, p. 556.
 2. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 364.

2. A FUNÇÃO DO REGIMENTO INTERNO DOS TRIBUNAIS

A Constituição Federal, em seu art. 96, I, *a*, atribui aos tribunais o poder de elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Significa que os tribunais, mediante seus regimentos internos, disciplinam o funcionamento de seus órgãos, com a distribuição de competência a cada um deles. Em outras palavras, a competência funcional e material dos órgãos internos dos tribunais deve ser definida em seus regimentos internos. Note que a competência material e funcional *do* tribunal é estabelecida pela legislação (em sentido amplo); o regimento interno distribui a competência do tribunal internamente.

Ao atribuir esse poder aos tribunais, a Constituição Federal, distanciando-se da antiga sistemática lusitana, quando o regimento do tribunal constituía mera variante legislativa da monarquia absoluta, erigiu o Poder Judiciário a Poder do Estado, livrando-o da interferência dos demais poderes. A tarefa de fixar a competência interna de seus órgãos é privativa dos tribunais, não sendo possível que lei formal trate desse assunto, sob pena de inconstitucionalidade, por indevida invasão de atribuição privativa³.

Como se vê, o regimento interno dos tribunais é lei material, que dispõe sobre o funcionamento e a competência de seus órgãos internos, tratando, ademais, de regras relativas a registro, distribuição, prevenção, conexão e outras relacionadas com tal funcionamento e competência.

Há órgãos do tribunal em que o julgador que o preside profere voto, participando normalmente dos julgamentos. Há, diversamente, órgãos de tribunais em que seu presidente não profere votos: apenas ordena e preside o julgamento. Tudo isso depende do regimento interno do tribunal. O plenário ou a corte especial de um tribunal é presidido pelo presidente do próprio tribunal. Em muitos tribunais, a depender do regimento, o presidente somente profere voto nos casos em que ele for relator (como, por exemplo, no pedido de suspensão de segurança), ou quando houver empate, ou quando houver discussão de matéria constitucional. No STF, por exemplo, o Presidente, ao atuar no plenário, tem voto de qualidade em caso de empate.

3. PROTOCOLO, REGISTRO E DISTRIBUIÇÃO

Nos termos do art. 547 do CPC, “os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição”.

3. Acórdão do Pleno do STF, ADI 1.105-7-DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 03.08.1994, *RTJ* 177/I.

Embora o art. 547 do CPC refira-se a “autos remetidos”, dando a entender que se aplicaria apenas a recurso ou a reexame necessário, o protocolo, o registro e a distribuição devem ser feitos não apenas nesses casos, aplicando-se também a ações originárias, a incidentes e a simples petições dirigidas ao tribunal.

O protocolo é livro oficial⁴, devendo todo tribunal ter um livro oficial de protocolo⁵. Sua principal função é a de autenticar a data de apresentação dos autos ou petições, sendo possível, a partir daí, a obtenção de certidões ou, se for o caso, de recibo da entrega dos autos ou da petição⁶.

Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a órgãos de primeira instância (CPC, art. 547, parágrafo único), facilitando o acesso aos tribunais, sobretudo para os que se localizam em comarcas distantes da sede do tribunal ou residem no interior.

O ordenamento jurídico brasileiro vem, gradativamente, contendo normas que facilitam e ampliam o acesso aos tribunais. Aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça se faculta a possibilidade de implementarem funcionamento descentralizado, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo (CF/88, arts. 107, § 3º; 115, § 2º; 125, § 6º).

Além dessa possível atividade descentralizada, com a constituição de Câmaras Regionais, podem os tribunais, como dito, descentralizar os serviços de protocolo, delegando-os a órgãos de primeira instância.

Isso tudo facilita e amplia o acesso aos tribunais, em prol de todos, máxime daqueles que residem no interior.

O registro deve ser feito no mesmo dia da apresentação da petição ou da chegada dos autos ao tribunal. Além da finalidade estatística, fiscal, histórica, administrativa e processual, o registro tem por objetivo garantir a publicidade dos atos processuais, em decorrência das regras insertas nos arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal.

Registrados os autos, cabe à secretaria verificar a numeração das folhas e ordená-los para distribuição, que, em regra, é supervisionada pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal.

A distribuição de processos no tribunal será imediata, tal como impõe o inciso XV do art. 93 da Constituição Federal. Como o registro deve ser feito

4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VIII, p. 213.

5. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, n. 29.1, p. 264.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V, II, 337, p. 559.

no mesmo dia da apresentação da petição ou da chegada dos autos no tribunal, e considerando que a distribuição há de ser imediata, tais atos, atualmente, coincidem no momento de sua realização: protocolo, registro e distribuição devem ser feitos imediatamente, no mesmo momento, em atendimento à aludida exigência constitucional.

A distribuição, segundo o art. 548 do CPC, há de ser feita de acordo com o regimento interno do tribunal. Como o tribunal é, essencialmente, um órgão colegiado, a distribuição desponta curial. Significa dizer que a distribuição é obrigatória nos tribunais. É pela distribuição que se define se o processo deverá encaminhar-se ao pleno ou a algum outro órgão do tribunal, estabelecendo, ainda, quem será o relator e, se for o caso, o revisor.

Segundo esclarece ARAKEN DE ASSIS, “Ao contrário do que ordinariamente se imagina, a distribuição de que cogita o art. 548 não é ao órgão fracionário (v.g., à 1ª Câmara Cível). Distribui-se o recurso ou a causa ao Desembargador X ou ao Desembargador Y, nominalmente, respeitada a competência predeterminada do órgão fracionário. Em geral, a competência dos órgãos colegiados é *ratione materiae*, eventualmente *ratione personae* (v.g., figurando como parte pessoa jurídica de direito público), e tais disposições internas fixam a competência do magistrado na respectiva câmara, turma ou grupo de câmaras, conforme o número de juizes e a organização de cada tribunal”⁷.

Conquanto seja ato puramente administrativo, a distribuição produz consequências jurídicas. Daí a razão pela qual as leis processuais costumam fixar as regras jurídicas fundamentais sobre a distribuição⁸.

O disposto no art. 254 do CPC aplica-se às causas de competência originária de tribunal⁹, de sorte que é vedada a distribuição, se a petição não estiver acompanhada da procuração, salvo (a) se o requerente postular em causa própria, (b) se a procuração já constar dos autos principais e (c) nos casos de urgência (CPC, art. 37).

A distribuição constitui matéria afeta ao regimento interno do tribunal, tendo o Código de Processo Civil estabelecido, apenas, que as regras regimentais devem observar os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.

O Código de Processo Civil impôs a obediência a tais princípios, mas não cominou a pena de nulidade para o caso de seu descumprimento. Logo, trata-se de infração

7. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, n. 29.2, p. 265-266.

8. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 8, p. 215.

9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, n. 338, p. 561.

sem nulidade cominada, aplicando-se, no particular, o disposto nos arts. 244 e 250 do CPC¹⁰.

A tais princípios acresce o da *obligatoriedade* da distribuição¹¹: em todos os tribunais, as petições, recursos, ações, incidentes que lhes forem encaminhados devem ser distribuídos.

É possível que, no âmbito interno do tribunal, determinado órgão detenha competência privativa para dada matéria. Mesmo nessa hipótese, haverá de ser realizada a distribuição, que, na espécie, ostentará mera declaratividade¹².

Feita a distribuição, cumpre divulgá-la. Com isso, atende-se ao *princípio da publicidade*, possibilitando que as partes, seus procuradores e outros interessados possam conhecer o órgão julgador, o relator e, se for o caso, o revisor, de modo que se possa fiscalizar a distribuição e, até mesmo, corrigir eventual erro (CPC, arts. 255 e 256).

A escolha do órgão do tribunal que deve processar e julgar a causa ou o recurso deve decorrer de critérios objetivos, motivo pelo qual a distribuição há de ser orientada por *sorteio*. A imposição de que a distribuição se submeta ao *princípio do sorteio* é ociosa. Ainda que não houvesse tal exigência, deveria ser obedecido o sorteio, como decorrência da garantia constitucional do juiz natural, que impede a “escolha” aleatória de juízes ou órgãos jurisdicionais, exigindo-se o atendimento a critérios objetivos, previamente estabelecidos¹³.

As distribuições devem ser alternadas, de modo a assegurar a obediência à rigorosa isonomia entre os órgãos do tribunal. O *princípio da alternatividade* não é violado pela regra regimental que atribua ao mesmo órgão o processamento e julgamento de mais de um recurso contra decisões proferidas num só processo¹⁴. Muito embora devam as distribuições ser alternadas, há casos em que determinado processo deve ser distribuído, forçosamente, para um órgão ou relator específico, por já estar, por assim dizer, a ele vinculado. É o que ocorre, por exemplo, em

10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VIII, p. 217.

11. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., t. 8, p. 215.

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., t. 8, p. 215.

13. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A perpetuatio jurisdictionis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Tese de doutoramento apresentada e defendida na PUC/SP, 2006, p. 63.

14. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, n. 2ao art. 548, p. 367; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., t. 8, p. 216; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., n. 338, p. 561.

casos de conexão ou de prevenção, cujas hipóteses devem ser previstas no regimento interno do tribunal.

4. CONEXÃO E PREVENÇÃO

É possível referir-se à conexão como relação de semelhança entre recursos, interpostos em um mesmo processo e que devem dirigir-se a um mesmo juízo (câmara, seção, turma etc.) e, por óbvio, ao mesmo relator, que está prevento. É por isso que o art. 559 do CPC determina que o agravo de instrumento seja julgado antes da apelação, se interpostos ambos no mesmo processo. É o que também acontece com recursos interpostos contra uma mesma decisão: duas apelações contra uma mesma sentença, por exemplo.

Confira-se a lição de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI: “Em segundo grau, a prevenção se dá geralmente pelo conhecimento de um incidente ou impugnação, sendo certo que a turma julgadora que conhece de um recurso acerca de determinada demanda atrairá, para julgamento, outros que sejam eventualmente interpostos no mesmo processo. Justifica-se a prevenção pela racionalização do serviço judiciário, sobrelevando-se aqui também a economia processual e a coerência das decisões em causas conexas”¹⁵.

Também é possível haver conexão de recursos que provenham de causas distintas, mas que sejam conexas: se as causas são conexas, os recursos nelas interpostos também o serão¹⁶. De igual modo, poderá haver conexão de recursos se provierem de causas que mantenham entre si uma relação de acessório/principal, como ocorre entre a ação cautelar e ação de conhecimento/execução.

5. DISTINÇÕES: VOTO, JULGAMENTO E ACÓRDÃO (A NECESSIDADE DE EMENTA NO ACÓRDÃO)

Os julgamentos, nos tribunais, devem, em princípio, ser realizados de forma colegiada. Os órgãos julgadores são, essencialmente, colegiados. Na sessão de julgamento, cada membro profere seu voto. O voto consiste, então, na manifestação dada por cada julgador do órgão colegiado. Cada um profere seu julgamento, contido em cada voto proferido.

A reunião dos votos acarreta o julgamento pelo tribunal. O julgamento colegiado consiste na conjunção dos votos proferidos pelos membros do órgão julgador.

15. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 220.

16. Ver, por exemplo, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, nota 61, p. 60; STJ, 6ª T, REsp n. 49652/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 31.10.1994, p. 29.536.

O acórdão é o julgamento proferido pelos tribunais (CPC, art. 163). Formalmente, o *julgamento* difere do *acórdão*. O *julgamento* antecede o *acórdão*. Colhidos os votos dos integrantes do órgão julgador, haverá o *julgamento*, que será, posteriormente, reduzido a escrito, recebendo, então, a denominação de *acórdão*¹⁷. Em outras palavras, *acórdão* é a materialização do *julgamento*, consistindo na redução a escrito da solução dada pelos integrantes do colegiado¹⁸.

Na verdade, o termo *acórdão* provém do verbo *acordar*, que significa *resolver de comum acordo, concordar; chegar a um acordo*. O *acórdão* nada mais é do que a *concordância* de várias pessoas sobre determinada questão. Vale dizer que acórdão é o conjunto dos votos vencedores. Nesse sentido, é lícito concluir que o voto vencido *não* integra o acórdão; ele está *fora* do acordo, do consenso a que chegou a maioria.

Eis porque a matéria referida apenas no voto vencido não configura prequestionamento para interposição de recurso especial e de recurso extraordinário. Na verdade, para efeito de prequestionamento, *somente* se considera a matéria veiculada nos *votos vencedores*. ● que consta do voto vencido não expressa o entendimento adotado pelo órgão jurisdicional; o entendimento adotado por este é expressado pelo conjunto dos votos vencedores. É por isso que o enunciado 320 da Súmula do STJ estabelece que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Enfim, pode-se dizer que a decisão colegiada proferida por tribunal recebe a denominação de acórdão. Independentemente do conteúdo, aquela decisão colegiada receberá a nomenclatura de acórdão. Desse modo, o acórdão pode ostentar “conteúdo” de sentença ou de decisão interlocutória: ou seja, pode ou não pôr fim ao procedimento.

Com conteúdo de sentença ou com conteúdo de decisão interlocutória, não importa, o acórdão deve, sempre, observar o disposto no art. 458 do CPC. Vale dizer que o acórdão deve conter relatório, fundamentação e dispositivo.

Faltando o relatório ou a fundamentação, será nulo o acórdão (CF, art. 93, IX; CPC, art. 458, II). Realmente, ausente o relatório ou a fundamentação, a nulidade do acórdão será manifesta, por padecer de vícios intrínsecos, ou seja, defeitos do acórdão em si mesmo¹⁹. Por outro lado, se o acórdão não contém decisório, é considerado inexistente.

17. ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 2, n.ºs. 39-40, p. 67-68.

18. DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 263.

19. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição. São Paulo: RT, 1997, *passim*.

Os acórdãos nulos podem ser atacados por recurso especial e/ou extraordinário e, sucessivamente, por outros recursos previstos na lei processual. Sobrevindo o trânsito em julgado, o acórdão nulo passa a ser, igualmente, rescindível, podendo ser desconstituído por ação rescisória no prazo de 2 (dois) anos, ressalvados os casos que dão ensejo à *querela nullitatis*, que pode ser ajuizada mesmo após o prazo bienal (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC). Sobre a *querela nullitatis*, ver capítulo próprio neste volume do *Curso*.

Os acórdãos inexistentes (como, por exemplo, aqueles que não contêm dispositivo) não transitam em julgado, justamente porque não existem. Nesse caso, sua desconstituição não depende do ajuizamento de ação rescisória.

Além de conter relatório, fundamentação e dispositivo, o acórdão deve, igualmente, conter ementa. Com efeito, “todo acórdão” – enuncia o art. 563 do CPC – “deve conter ementa”. Significa que os acórdãos devem conter relatório, voto e ementa, não sendo possível que o regimento interno de qualquer tribunal dispense algum desses elementos²⁰.

A necessidade de que os acórdãos ostentem ementa tem por escopo o aperfeiçoamento da divulgação da jurisprudência dos tribunais²¹. Em outros termos, a utilidade da ementa consiste em facilitar a documentação ordenada da jurisprudência do tribunal²².

A ementa deve refletir tanto quanto possível, e de maneira bem objetiva, o entendimento do tribunal a respeito das questões de fato e de direito debatidas no julgamento que originou o acórdão. Em uma palavra, pode-se dizer que a ementa é o resumo do julgamento.

À evidência, a ementa não é o acórdão nem com ele se confunde. Trata-se, apenas, de resumo do que ficou decidido no julgamento pelo tribunal. Em eventual divergência entre o conteúdo do acórdão e o da ementa, há de prevalecer o daquele em detrimento do desta²³.

20. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, AGA 499.018/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 04/11/2003, DJ de 19/12/2003, p. 479.

21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, n. 128, p. 171.

22. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 385.

23. “Atente-se em que a ementa não é o acórdão, cujo texto prevalece sempre sobre o dela, em caso de divergência. Também não constitui seu relatório, fundamentação, ou dispositivo, que devem constar do próprio acórdão, como ordena o art. 165. O legislador aproveitou bem o espaço deixado pela revogação da desaparecida norma do art. 563. A ementa dos acórdãos é muito útil, num tempo em que prolifera o armazenamento de dados, pois facilita a pesquisa na jurisprudência.” (BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 126).

Dai se percebe que o acórdão deve conter ementa, mas esta não constitui elemento essencial daquele. Os elementos essenciais do acórdão são, como se viu, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. Lavrado um acórdão sem ementa, qualquer uma das partes pode valer-se de embargos de declaração, com vistas a obter a supressão da omissão, para que passe o acórdão a conter a ementa.

A falta de ementa não traz, contudo, nulidade ao julgamento em si, nem contamina o acórdão. A ausência de ementa pode subtrair a higidez da intimação, dificultando a percepção do conteúdo do acórdão ou, até mesmo, causando a falsa impressão de que ainda não se tenha iniciado o prazo para a interposição de eventual recurso cabível na espécie.

Na verdade, proferido o julgamento colegiado, o resultado é divulgado aos advogados e às partes por publicação no Diário Oficial. É o que se chama, na praxe forense, de publicação da *resenha de julgamento*. Nesse momento, ainda não existe acórdão. Apenas foi anunciado o resultado final do julgamento. Os autos irão para o relator ou para quem proferiu o primeiro voto vencedor, a fim de que seja lavrado o acórdão (CPC, art. 556).

Lavrar o acórdão significa *escrever, redigir* o acórdão. Essa, normalmente, é uma tarefa atribuída ao relator, a não ser quando este reste vencido. É do relator a atribuição de redigir, escrever, lavrar o acórdão. Se, contudo, tiver proferido voto vencido, caberá ao julgador que conduziu o julgamento ou abriu a dissidência lavrar o acórdão. Vale dizer que o acórdão será lavrado por aquele que proferiu o primeiro voto vencedor ou, como se diz na praxe forense, por aquele que conduziu o julgamento (CPC, art. 556).

Proferido o julgamento, é necessário que se lave o acórdão. A lavratura do acórdão concretiza a garantia constitucional da motivação dos julgados. Nesse sentido, assim já decidiu o STF: “EMENTA Recurso extraordinário. Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. 1. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. 2. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. 3. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE 540.995/RJ, rel. Min. Menezes Direito, j. 19/2/2008, DJe 078, div. 30/4/2008, pub. 2/5/2008).

Lavrado o acórdão, suas conclusões serão publicadas no Diário Oficial dentro de 10 (dez) dias (CPC, art. 564). Tais conclusões são, geralmente, veiculadas no Diário Oficial em conjunto com a ementa do acórdão. Dessa publicação conta-se

o prazo para a interposição de quaisquer recursos (CPC, art. 506, III). Vale dizer que a publicação, no Diário Oficial, da ementa com as conclusões, constitui a intimação do acórdão, iniciando-se, a partir de então, o prazo para a interposição de recursos eventualmente cabíveis.

De fato, “só se considerarão efetivamente intimadas as partes e seus advogados quando da publicação do acórdão, e não meramente do resultado do julgamento, no órgão oficial”²⁴.

Ora, se o acórdão não contém ementa, é provável que a publicação apenas de suas conclusões possa induzir o advogado em erro, fazendo supor que se trata daquela primeira publicação, relativa à *resenha de julgamento* ou ao resultado da deliberação colegiada, que normalmente se veicula na imprensa oficial, antes mesmo da lavratura do acórdão.

Demais disso, a ementa permite que as partes já saibam, desde logo, as razões que serviram de esteio para que o tribunal chegasse àquela conclusão, facilitando a atividade de seus advogados para a interposição de recursos cabíveis.

Se, mesmo sem ementa, está claro o conteúdo do acórdão, não há razão para decretar sua nulidade. Não contendo ementa o acórdão, poderá, como visto, haver alguma dúvida quanto à sua lavratura, no momento da intimação da parte, mediante publicação no Diário Oficial. Nesse caso, nula será a intimação, e não o acórdão.

À evidência, a falta de ementa poderá gerar nulidade da *intimação* do acórdão, mas não a deste, que se mantém incólume, desde que contenha os elementos essenciais, quais sejam, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva²⁵.

6. A TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO RECURSAL

As tutelas de urgência – independentemente de ostentarem natureza cautelar ou antecipatória – não têm um limite temporal: podem ser concedidas *inaudita altera parte*, após a contestação, na instrução, na sentença e, até mesmo, no âmbito recursal. Aliás, é comum, atualmente, a referência à tutela antecipada no âmbito recursal²⁶.

24. PINTO, Nelson Luiz. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 564, p. 1.668.

25. Sobre as consequências da falta de ementa e detalhes adicionais, conferir CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A ementa nos acórdãos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, dez. 2004, v. 21, p. 106-120.

26. Sobre o assunto, conferir FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000, *passim*.

Em termos pragmáticos, pode-se dizer que, no âmbito recursal, a cautelar destina-se a agregar efeito suspensivo a recurso dele desprovido, obstando que a decisão recorrida produza efeitos. Já a tutela antecipada, no âmbito recursal, funciona com finalidade inversa: destina-se a afastar o efeito suspensivo, fazendo com que se determine o imediato cumprimento da decisão recorrida. Na verdade, embora consagrada, a distinção é muito sutil: suspender efeitos de uma decisão que se pretende desconstituir é, na verdade, obter antecipadamente efeito jurídico que se busca com o recurso (impedir a produção da eficácia determinada pela sentença). Sobre a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada, remete-se o leitor ao v. 2 deste *Curso*, que cuida da *antecipação dos efeitos da tutela*.

A apelação, como está dito no capítulo a ela destinado, tem, em regra, efeito suspensivo. Logo, a sentença é geralmente sujeita a uma apelação, não devendo, enquanto não julgado o apelo, produzir efeitos. Para que se produzam os efeitos da sentença, pode-se requerer a concessão de tutela antecipada. Nesse caso, a tutela antecipada irá adiantar efeitos que somente seriam produzidos com o julgamento da apelação. Concedida a tutela antecipada, no âmbito recursal, já se permite a produção de efeitos da decisão recorrida ou do eventual provimento do recurso.

No agravo de instrumento, há previsão expressa de tutela antecipada (art. 527, III, CPC).

O art. 558 do CPC confere ao relator poderes para, a requerimento do agravante, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da Turma ou Câmara.

Conquanto tenha havido um dissenso inicial sobre a possibilidade de o relator do agravo de instrumento conceder o efeito suspensivo a que se refere o art. 558 do CPC, quando a decisão recorrida fôsse de cunho negativo ou indeferitório, veio a se uniformizar o entendimento no sentido de que, com base nesse dispositivo, pode o relator ou o tribunal não somente *suspender* a decisão que foi *concedida*, como também *conceder* a que foi *negada*, atendendo ao espírito normativo de pôr fim aos infundáveis mandados de segurança até então impetrados contra atos judiciais.

Conceder, liminarmente, no agravo, a providência que fora negada pelo juiz de primeira instância representa o deferimento de uma tutela antecipada²⁷. Nesses casos, o relator, em verdade, nada mais faz senão antecipar efeitos do futuro e provável juízo de provimento recursal.²⁸ Trata-se de indubitável antecipação de

27. FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 257-260.

28. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 120.

tutela proferida em sede de agravo de instrumento. No intuito de afastar eventuais dúvidas que porventura ainda persistissem acerca da possibilidade de antecipação de tutela pelo relator do agravo de instrumento, a Lei nº 10.352/2001 alterou o art. 527 do CPC, cujo inciso III passou a referir-se, expressamente, à possibilidade de concessão de efeito suspensivo ou de deferimento, total ou parcial, da tutela recursal.

Assim, resta inquestionável que o relator do agravo de instrumento poderá não somente *suspender* a decisão que foi *concedida*, como também *conceder* a que foi *negada*. Neste último caso, fã-lo-á por meio de tutela antecipada, cujos requisitos estão previstos no art. 273 do CPC. Com efeito, “as regras do artigo 273 são muito mais adequadas para regular a *antecipação da tutela recursal*, mesmo quando esta não coincida, como acima demonstramos, com uma antecipação dos efeitos do provimento final (sentença)”²⁹.

Considerando que a antecipação da tutela recursal deve ter fulcro ou no art. 273 ou no § 3º do art. 461 do CPC, é forçoso observar que somente poderá ser concedida pelo relator, caso haja expresse e prévio requerimento do agravante. Desse modo, ainda que presentes os demais pressupostos legais, não poderá o relator conceder a antecipação da tutela recursal, se o recorrente não a tenha requerido, de forma inequívoca, nas razões de seu apelo. É inviável, enfim, a tutela recursal antecipada de ofício, dependendo, sempre, de prévio requerimento.

A antecipação da tutela recursal não se confunde com o provimento imediato do recurso, procedido por decisão do relator, à vista do que dispõe o art. 557, § 1º-A, do CPC. Além de seus respectivos pressupostos serem bem diversos, havendo a antecipação da tutela recursal, o recurso terá seguimento normal, com elaboração de relatório, inclusão em pauta e todos os detalhes que são examinados no presente capítulo.

Já no caso do provimento imediato previsto no art. 557, § 1º-A, do CPC, não sobeja qualquer outra providência processual a ser encetada. O recurso já é imediatamente julgado, apenas por decisão do relator, contra o qual poderá ser interposto o recurso de agravo previsto no § 1º daquele mesmo art. 557 do CPC.

Sobre os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, remete-se o leitor ao v. 2 deste *Curso*. Cabe, porém, uma ponderação sobre o pressuposto alternativo do inciso II do art. 273: o *manifesto propósito protelatório*.

29. FERREIRA, William Santos. *Ob. cit.*, p. 243.

Não parece deva ser aplicado à tutela antecipada recursal o requisito do manifesto propósito protelatório do réu. Tal pressuposto, ao que se percebe, diz respeito à atuação do réu no procedimento perante o juiz de primeira instância. Poderá, a bem da verdade, haver a interposição de recurso protelatório, como forma de abuso ao direito de recorrer. Nesse caso, desponta mais razoável *negar seguimento* ao recurso, na forma do art. 557 do CPC, reputando-se o recorrente litigante de má-fé (CPC, art. 17, VII) para sujeitá-lo à condenação em perdas e danos (CPC, art. 16), bem como na multa capitulada no art. 18 do diploma processual civil, a ser contada como custas e revertida em benefício da parte contrária (CPC, art. 35).

Em suma, a tutela antecipada recursal pode ser deferida, por decisão do relator, se (a) houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, se (b) houver prova inequívoca da verossimilhança da alegação e (c) caso *não* haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º), pressuposto que, conforme visto no v. 2 deste *Curso*, pode ser relativizado *caso a caso*³⁰. Esses pressupostos devem vir cumulados, de sorte que, faltando um deles, já não se possibilitará a antecipação da tutela recursal.

Para o *provimento imediato*, por sua vez, exige-se o manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do STF, ou de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1º-A).

Enquanto a antecipação da tutela recursal depende de prévio e expresso requerimento do agravante, o *provimento imediato* por decisão do relator prescinde de tal pressuposto, podendo ser levado a efeito de ofício, desde que presente a hipótese descrita no art. 557, § 1º-A, do CPC.

Além da tutela antecipada, destinada a adiantar o resultado do recurso, é possível, no âmbito recursal, haver *providência cautelar*, destinada a agregar efeito suspensivo a recurso dele desprovido.

7. A PRODUÇÃO DE PROVA EM TRIBUNAL

É possível a produção de provas em tribunal, embora essa prática não seja comum. O tribunal também tem *poder instrutório*; não lhe cabe apenas

30. “Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de se evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 340). Assim, havendo, de um lado, o risco de perecimento de um direito provável e, de outro lado, o perigo de irreversibilidade de um direito menos provável, cumpre, ponderando os interesses em liça, aplicar o princípio da proporcionalidade e, afastando o requisito negativo do § 2º do art. 273 do CPC, conceder a tutela antecipada, desde que, por óbvio, os demais requisitos estejam presentes (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 77-80).

reexaminar as provas que já foram colhidas em primeira instância. Ao julgar um recurso, é-lhe permitido determinar a produção de novas provas. Embora pareça desnecessário, cumpre afirmar que essas novas provas devem ser produzidas em contraditório.

Em lição escrita para o processo penal, mas plenamente aplicável ao processo civil, ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO afirmam, corretamente: “Se o entender conveniente, converterá o julgamento em diligência para a produção de novas provas, destinada à formação do convencimento de seus membros e poderá excluir as que considerar ilícitas do material probatório; se o considerar oportuno, poderá reinquirir o réu e será livre para levantar novas teses jurídicas. Apenas, deverá garantir que tudo isso seja feito em contraditório, na presença das partes, dando a estas a oportunidade de contradizer, inclusive provando”³¹.

Há diversos argumentos.

Em *primeiro lugar*, aplica-se ao tribunal o art. 130 do CPC, que confere poderes instrutórios ao juiz – e em tribunal também há juízes; com competência funcional diversa, é claro, mas juízes. Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância. Não se pode restringir o exercício da função jurisdicional do tribunal, em competência recursal. Se a causa há de ser re-julgada no procedimento recursal, não se pode retirar do órgão *ad quem* a possibilidade de produzir provas que fundamentem o seu convencimento.

BARBOSA MOREIRA relatou uma experiência sua, como relator em embargos infringentes, que merece ser transcrita integralmente: “Tratava-se de saber se esses menores, que estavam confiados à guarda de um parente, depois da separação dos pais, deviam passar férias, ou a maior parte delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-me como relator já em grau de embargos infringentes. E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me – contrariando um pouco a praxe – a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. (...) Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para ganhar confiança. Depois falei sobre futebol... Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, me deu a convicção sólida, de que a avó era uma autêntica megera. (...) Os menores não eram partes no feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que eu pudesse dar uma solução justa”³².

31. *Recursos no processo penal*, cit., p. 52.

32. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1994, v. 76, p. 118-119.

Em *segundo lugar*, diversos dispositivos do CPC autorizam a alegação de fatos novos em grau recursal. É o caso dos arts. 303³³, 462³⁴ e 517³⁵. Se é possível alegar fato novo, é possível produzir prova dessa alegação fática³⁶. Trata-se de corolário da garantia do contraditório, que não pode ser diminuída no procedimento recursal.

Em *terceiro lugar*, no art. 397 do CPC há previsão da possibilidade de produção de prova documental a qualquer tempo³⁷. Nada justifica que apenas a prova documental possa ser produzida em fase recursal, até mesmo porque o próprio CPC prevê a possibilidade de o juiz (qualquer juiz) determinar a produção de outros meios de prova. Realmente, o magistrado pode, em qualquer fase do processo (inclusive em instância recursal³⁸), *inspecionar* pessoalmente pessoas ou coisas (móveis, imóveis e semoventes), a fim de esclarecer-se sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 440, CPC). O STJ já se posicionou sobre o tema; vale a pena conferir o acórdão proferido pela 4ª Turma, no REsp 218.302/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.2003, publicado no DJ de 29.03.2004, p. 244:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. PODER-DEVER DO JULGADOR. O julgador deixou de ser mero espectador da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permita determinar a produção de provas, mormente como no caso em que se cuida de ação de estado, o autor é menor impúbere e beneficiário da Assistência Judiciária. Entendimento que se aplica também ao segundo grau de jurisdição. Precedentes do

33. Art. 303 do CPC: “Depois da contestação só é lícito deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa previsão legal puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.”
34. Art. 462 do CPC: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.
35. Art. 517 do CPC: “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.”
36. Bem semelhante é a lição de FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 221-222.
37. No direito português, segundo esclarece João Espírito Santo, é possível instruir o recurso com documentos supervenientes, no caso de a juntada apenas se revelar necessária em virtude do julgamento proferido na primeira instância, ou quando se destinarem a fazer prova dos fundamentos da ação ou da defesa, ou, ainda, quando se destinarem a fazer prova de fatos posteriores aos articulados ou cuja apresentação se tenha tornado necessária em razão de ocorrência posterior (*O documento superveniente para efeito de recurso ordinário e extraordinário*. Coimbra: Almedina, 2001, n. 3.1.1.2.1, p. 45-46).
38. Admitindo a inspeção judicial em tribunal, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 502; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 235; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: ALDE, 1991, t. 2, p. 216.

STJ. Recurso especial conhecido e provido para, convertendo-se o julgamento em diligência, ordenar a realização do exame de DNA”.

A prova oral, em tribunal, pode ser colhida de três formas: a) expedem-se *carta de ordem* a juiz de primeira instância, para que colha a prova oral (art. 492 do CPC, por analogia); b) o relator faz a colheita da prova oral em seu gabinete³⁹; c) a prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese de raro acontecimento, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais e a dificuldade decorrente da aplicação do princípio da identidade física do juiz (CPC, art. 132), em ordem a impor a presença, no julgamento, de *todos* aqueles que participaram da *sessão de instrução*. Embora seja de rara verificação, essa hipótese certamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, pois o princípio da imediação na colheita das provas, muito importante em provas orais, restaria preservado.

8. RELATOR

8.1. Generalidades

Nos tribunais, as decisões, em princípio, devem ser colegiadas. É o que se chama de *colegialidade das decisões* dos tribunais. Com efeito, os tribunais são estruturados para emitir decisões colegiadas, com vistas a obter, com maior grau de probabilidade, o acerto e a justiça do julgamento final.

Vê-se, pois, que os tribunais foram criados para proferir julgamentos colegiados. Os membros dos tribunais devem, portanto, atuar em órgão colegiado. Não é possível, porém, que todos os casos submetidos ao crivo do tribunal sejam analisados, pessoalmente, por todos os seus membros. Daí por que os tribunais são divididos em órgãos fracionários, devendo cada caso ser atribuído a um de seus membros, que é o relator, a quem se incumbe a tarefa de examinar os autos e a controvérsia ali deduzida.

Cabe ao relator estudar o caso, firmar seu entendimento para, então, elaborar o relatório e levar o caso a julgamento, a fim de, na correspondente sessão, expor os detalhes aos seus pares, emitindo seu voto. Ao relator compete também determinar a realização de diligências, a correção de vícios, a instrução do feito e a apreciação de pedidos de urgência.

39. Examinando o art. 492 do CPC, que cuida da ação rescisória, BARBOSA MOREIRA entende que o relator mesmo pode colher a prova oral, em lição aplicável, *mutatis mutandis*, ao procedimento recursal (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed., cit., p. 197).

Variam as atribuições do relator, conforme se trate de recurso ou de causa de competência originária do tribunal⁴⁰. Nas ações originárias, cabe ao relator deferir ou indeferir a petição inicial, determinando, na primeira hipótese, a citação do réu. Ao relator cabe, ainda, deferir ou indeferir a produção de provas, expedir carta de ordem a juízes de primeira instância para a realização de diligências ou coleta de provas, por exemplo etc.

Além das funções que lhe são atribuídas, é relevante o comportamento do relator no curso da votação. A elaboração do relatório e a forma como se procede a sua leitura, a solidez ou fraqueza da fundamentação de seu voto, a confiabilidade que ostenta perante seus pares, o interesse ou não em sustentar seu voto perante seus colegas, tudo isso constitui fator extrajudicial de grande influência no julgamento, como bem demonstra JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA em interessante texto⁴¹.

8.2. Análise do art. 557 do CPC

Ao relator cabe, como já se viu, estudar o caso, firmar seu entendimento para, então, elaborar o relatório e levar o caso a julgamento, a fim de, na correspondente sessão, expor os detalhes aos seus pares, emitindo seu voto. A partir daí, colhem-se os demais votos, encerrando-se o julgamento, com a posterior lavratura do acórdão.

Em vez de dar sequência a todo esse trâmite, é possível que o relator já julgue o recurso, por decisão singular, sem elaboração de relatório, nem inclusão em pauta, nem coleta de votos dos seus pares. Enfim, franqueia-se ao relator a possibilidade de já decidir o recurso, valendo-se do disposto no art. 557 do CPC.

Assim, pode o relator já *negar seguimento* ao recurso intempestivo, deserto, prejudicado, manifestamente inadmissível por outra razão ou, ainda, negar-lhe provimento, se manifestamente improcedente. De igual modo, pode o relator já negar seguimento ou provimento a recurso que contraste com súmula ou com jurisprudência dominante do *respectivo* tribunal ou de tribunal *superior*.

É possível ao relator não somente já negar seguimento ao recurso, mas também já lhe dar provimento, desde que presente uma das hipóteses previstas no § 1º-A do art. 557 do CPC. Em outras palavras, pode o relator já *dar provimento* ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto contraste com súmula ou com jurisprudência dominante de tribunal *superior*:

Não é despropositado acentuar que o art. 557 do CPC aplica-se, apenas, a recursos, não guardando pertinência com as ações autônomas de impugnação ou

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed., cit., n. 340, p. 561-562.

41. "Notas sobre alguns fatores extrajudiciais no julgamento colegiado". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1994, n. 75, n. 4.4, p. 20-22.

com causas originárias de tribunal. Não pode o relator já julgar uma ação com base no art. 557 do CPC. Na verdade, pode o relator indeferir a petição inicial de uma ação originária ou, até mesmo, aplicar o art. 285-A do CPC, já julgando improcedente o pleito formulado pela parte autora. Mas, nestes casos, não está a aplicar o disposto no art. 557 do CPC, nem está a valer-se das hipóteses ali configuradas. O relator, ao indeferir a petição inicial de uma ação originária (CPC, art. 295) ou ao aplicar o art. 285-A do CPC, vale-se de *outras* regras, que dependem de *outros* pressupostos ou requisitos para serem aplicadas. O art. 557 do CPC – e as hipóteses ali descritas – valem, apenas, para recursos, e não para ações autônomas de impugnação ou para causas originárias de tribunal. A estas se aplicam *outras* regras que perinitem o indeferimento imediato da petição inicial.

Ao reexame necessário aplica-se o art. 557 do CPC, podendo o relator, positivadas as hipóteses ali previstas, em decisão isolada, negar ou dar provimento à remessa. Com efeito, “o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário” (súmula do STJ, n. 253).

Cumpra perceber uma diferença entre o *caput* e o § 1º-A do art. 557.

São diversas hipóteses em que o relator pode negar seguimento ao recurso daquelas em que ele já pode dar-lhe provimento.

Há, na verdade, uma gradação legal a respeito da matéria. Realmente, confrontando-se o art. 557 com seu § 1º-A, chega-se à seguinte conclusão: (a) para que o relator, por decisão isolada, possa *negar seguimento* ou *provimento* ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* do *próprio* tribunal ou de tribunal *superior*; (b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* apenas de tribunal *superior*.

Como se vê, existe uma nítida gradação na lei. A *negativa de seguimento/provimento* de um recurso ou do reexame necessário pode operar-se em razão de uma *súmula* tanto de tribunal *superior* como do *próprio* tribunal ou, ainda, de *jurisprudência dominante* de tribunal *superior* ou do *próprio* tribunal. Por sua vez, para que o relator dê provimento ao recurso ou ao reexame necessário, *não* basta que haja *súmula* ou *jurisprudência dominante* seja do *próprio* tribunal; é preciso que seja de tribunal *superior*.

A existência, por exemplo, de *jurisprudência dominante* do *próprio* tribunal não permite ao relator já dar provimento ao recurso, embora possa, diante disso, *negar-lhe seguimento/provimento*.

O art. 557 do CPC permite ao relator já julgar o recurso imediatamente, assim que os autos chegam ao seu gabinete.

Tal situação ocorre na apelação, podendo o relator, imediatamente, já lhe dar provimento ou lhe negar seguimento. E isso porque, na apelação, o contraditório já é previamente realizado perante o juízo de primeira instância.

Essa é a situação que se repete na grande maioria dos recursos.

No caso do agravo de instrumento, a situação é *diferente*, exatamente porque tal recurso é interposto *diretamente* no tribunal, sem passar, antes, pelo juízo de primeira instância. Assim, para negar seguimento, pode o relator dispensar a oitiva prévia do agravado, exatamente porque se trata de decisão que lhe é favorável. Se, contudo, for o caso de dar provimento por decisão isolada, haverá de colher, previamente, a resposta do agravado ou dar-lhe oportunidade a tanto, sob pena de ofender o princípio do contraditório.

Cumpre, a propósito, fazer um paralelo entre o recurso e a petição inicial. O juiz pode indeferir a petição inicial nas hipóteses previstas no art. 295 do CPC ou, até mesmo, já julgar improcedente o pedido, dispensando a citação do réu, nos casos do art. 285-A do CPC. De observar-se que, nesses casos, a decisão é favorável ao réu, e contrária ao autor. Não é possível, em hipótese alguma, o juiz *já condenar* o réu, antes mesmo de sua citação, sob pena de grave ofensa ao princípio do contraditório.

Se o relator negar seguimento ou provimento ao recurso por ser este manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou estiver em contraste com súmula dominante do respectivo tribunal ou de tribunal superior, dessa decisão cabe um agravo interno previsto no § 1º do art. 557 do CPC. Ao invés de negar seguimento ao recurso, o relator poderá dar-lhe imediato provimento, se a decisão recorrida estiver em manifesto contraste com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior. Dessa decisão cabe, igualmente, o agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC. Se tal agravo interno for tido pelo tribunal como manifestamente inadmissível ou infundado, revelando-se protelatório, o agravante deverá ser condenado numa multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. A exemplo do que sucede na hipótese do parágrafo único do art. 538 do CPC, a multa de 1% a 10% – fixada no julgamento do agravo interno previsto no § 1º do art. 557 do CPC – passa a constituir *requisito de admissibilidade* de qualquer outro recurso que venha a ser intentado pela parte, mesmo que esse recurso não se sujeite, normalmente, a preparo.

O STJ tem entendido que as multas cujo depósito prévio condiciona a interposição de um recurso, como a do § 1º do art. 557, CPC, não se aplicam à Fazenda Pública, em razão do art. 1º-A da Lei n. 94.94/1997, segundo o qual “estão dispensadas de

depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais”. Cf., p. ex., STJ, Corte Especial, Eresp n. 808.525/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.09.2007, acórdão publicado no DJ de 22.10.2007; STJ, Corte Especial, EREsp n. 695.001/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 19.12.2006, acórdão publicado no DJ de 02.04.2007, p. 207.

8.3. O agravo interno

Consoante já restou acentuado, os tribunais são, essencialmente, colegiados. A competência, para o julgamento de recursos, ações e incidentes, é, em regra, do colegiado. É possível, contudo, haver delegação ao relator, a fim de que este já julgue o caso ou aprecie uma questão de urgência.

Embora haja a delegação ao relator, a competência é, não custa repetir, do colegiado. Daí por que a decisão do relator – qualquer decisão do relator – pode sempre ser revista pelo órgão do tribunal, por meio da interposição do agravo interno ou regimental. É que a competência, para julgamento, é do colegiado. Tal competência – não custa repetir – foi, momentaneamente, delegada ao relator, com vistas a racionalizar a atividade interna do tribunal. Vale dizer que o tribunal sempre terá a possibilidade de poder rever a decisão do relator, preservando, desse modo, sua competência originária. E é com o agravo interno ou regimental que se permite seja integrada a competência do colegiado, obtendo-se seu posicionamento quanto ao caso⁴².

No mais, cumpre reportar-se ao quanto explicitado no item 4.7. do capítulo sobre agravo.

9. REVISOR

Já se viu que os recursos, incidentes e ações que tramitam no tribunal devem ter um relator, a quem se atribui a competência de processar o feito, levando-o a julgamento, com relatório previamente elaborado.

Há casos em que, além do relator, existe também o *revisor*, a quem se confere igualmente a atribuição de examinar os autos e a controvérsia ali deduzida. A figura do revisor está presente “naqueles recursos e causas considerados, em

42. Sobre o assunto, consultar: CARNEIRO, Athos Gusmão. “Poderes do relator e agravo interno – Arts. 557, 544 e 545 do CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2000, n. 100; TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2002, v. 5.

tese, mais complexos, como é o caso da apelação, dos embargos infringentes e da ação rescisória”⁴³.

Nos termos do art. 551 do CPC, haverá, além do relator, um revisor, na apelação, nos embargos infringentes e na ação rescisória. Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem decrescente de antiguidade. Segundo anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, “o revisor, quando necessário, será o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade (CPC, art. 551, § 1º). Eventual preterição dessa ordem na indicação do revisor não constitui, por si só, nulidade absoluta, dependendo da demonstração de efetivo prejuízo (CPC, art. 249, § 1º). Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais (CPC, art. 250, parágrafo único)”⁴⁴. Significa que, não obedecida a escolha do relator pela ordem decrescente de antiguidade, não deve, em princípio, ser aplicada a sanção de nulidade, eis que se alcançou a finalidade (CPC, art. 244), que é exatamente ter mais um membro do órgão judicial, além do relator, que examine a causa com acesso prévio aos autos.

Diversamente, se faltar revisor nos casos em que se exige sua presença, haverá, na linha de precedentes do STJ, nulidade⁴⁵. A propósito, é digno de registro o seguinte precedente, cuja ementa está assim redigida:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. REVISÃO. AUSÊNCIA. ARTIGO 551 DO CPC. NULIDADE ABSOLUTA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A falta de revisor, nos casos em que a lei exige sua participação, importa em nulidade absoluta do julgamento.

2. Nessas hipóteses, verificando-se, somente na sessão de julgamento, que os autos não foram submetidos à revisão, não há que se falar em preclusão do direito da parte de arguir a nulidade na primeira oportunidade em que se manifestar.

3. Precedentes.”⁴⁶

Se a matéria versada no recurso for predominantemente de direito e não houver prejuízo, não se deve anular o julgamento, em razão da ausência de revisor.

43. PINTO, Nelson Luiz. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 551, p. 1.646.

44. Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 654.684/MA, rel. Min. Denise Arruda, j. 17.05.2007, DJ de 14.06.2007, p. 252.

45. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, REsp 24.218/RS, rel. Min. Athos Carneiro, j. 08.09.1992, DJ de 28.09.1992, p. 16.433.

46. Acórdão não unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 250.106/DF, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Paulo Gallotti, j. 20.02.2001, DJ de 13.08.2001, p. 95.

A falta do revisor somente deve acarretar nulidade se houver prejuízo, quando a matéria envolver predominante discussão sobre fatos. Não há, na espécie, cominação expressa de nulidade, devendo-se aplicar, então, o disposto nos arts. 244 e 250 do CPC.

O § 1º do art. 90 da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN), ao se referir ao regimento interno do Tribunal Federal de Recursos, assim dispõe: “Com finalidade de abreviar o julgamento, o Regimento Interno poderá também prever casos em que será dispensada a remessa do feito ao revisor, desde que o recurso verse matéria predominantemente de direito”.

O Tribunal Federal de Recursos, que exercia a segunda instância da Justiça Federal, foi, como se sabe, substituído pelos cinco atuais Tribunais Regionais Federais. As referências feitas, na legislação, ao extinto Tribunal Federal de Recursos abrangem, neste caso, os atuais Tribunais Regionais Federais. Significa, então, que, nos termos do § 1º do art. 90 da LOMAN, o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal pode prever casos de dispensa de revisor, desde que o recurso verse matéria predominantemente de direito. Assim, caso haja previsão regimental, podem deixar de ser remetidos os autos ao revisor, nos Tribunais Regionais Federais, se o recurso versar matéria preponderantemente de direito⁴⁷. Com efeito, segundo anotado em precedente do STJ, “é possível a dispensa de revisão no julgamento de apelação cível em que a matéria versada no recurso é predominantemente de direito e houver previsão regimental para tanto. Precedentes do STJ”⁴⁸. Parece até mesmo natural que assim seja, pois, conforme registrado em outro precedente do STJ, “nas questões meramente de direito, a ida dos autos ao revisor se afigura burocracia inaceitável, que não resiste a um estudo lógico da finalidade do processo e à aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, havendo previsão da dispensa de tal procedimento na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79) e nos Regimentos Internos dos TRF’s, como, por exemplo, o da 1ª ou 4ª Região”⁴⁹.

As apelações interpostas em execução fiscal podem ter dispensada a figura do revisor. Nos termos do art. 35 da Lei nº 6.830/1980, “poderá ser dispensada a

47. “Nos termos do art. 90, § 1º, da LOMAN, o regimento interno dos tribunais poderá prever a dispensa de remessa do feito ao revisor quando o recurso tratar de matéria predominantemente de direito.” (Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 802.774/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.10.2007, *DJ* de 05.11.2007, p. 351).

48. Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, AgRg no REsp 845.237/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 27.02.2007, *DJ* de 26.03.2007, p. 279.

49. Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 496.197/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.03.2005, *DJ* de 09.05.2005, p. 330.

audiência de revisor, no julgamento das apelações”. Significa dizer que a lei que regula a execução fiscal facultou a dispensa de revisor nas apelações, podendo o regimento interno do tribunal dispor nesse sentido. Tal dispensa também pode ser estendida aos embargos infringentes (CPC, art. 530), desde que assim preveja o regimento interno do respectivo tribunal⁵⁰.

Não há revisor nos recursos interpostos nas causas de procedimento sumário, nas ações de despejo (qualquer que seja o fundamento do despejo) e nos casos de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 296). É o que se extrai do disposto no § 3º do art. 551 do CPC. Também não há revisão nas apelações de competência recursal do STJ (Lei nº 8.038/1990, art. 40).

A apelação no mandado de segurança não tem revisor (art. 20, § 1º, Lei n. 12.016/2009).

Também não há revisor nos recursos interpostos na desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (Lei Complementar nº 76/1993, art. 13, § 2º). Observe-se que o dispositivo dispensa a figura do revisor “nos recursos” interpostos no curso do processo de desapropriação. Significa que não há revisor tanto na apelação como nos embargos infringentes, quando se tratar de desapropriação para fins de reforma agrária⁵¹.

10. O JULGAMENTO

10.1. A colegialidade como regra

Já se viu que as decisões, nos tribunais, devem ser, em princípio, colegiadas, se bem que existam situações em que se atribui ao relator o poder de julgar a causa sozinho.

50. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, n. 31.4.2, p. 282.

51. Em precedente específico, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou um caso em que houve revisor no julgamento de uma apelação em desapropriação para fins de reforma agrária. Realizando a desnecessidade da figura do revisor, o STJ, acertadamente, não anulou o julgamento, em razão da ausência de prejuízo. Segundo os itens 1 e 2 da ementa: “1. A participação de desembargador, na qualidade de revisor, quando do julgamento das apelações apresentadas por ambas as partes da presente ação, conquanto esteja em desacordo com a norma contida no art. 13, § 2º, da LC 76/93, não tem o condão de tornar nulo o acórdão recorrido. 2. A referida norma busca conferir maior celeridade ao processo de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, de rito sumário, no interesse da parte expropriada. Tem-se, assim, que o ora recorrente não suportou qualquer prejuízo, mormente porque o magistrado participaria do julgamento de qualquer modo. É aplicável à espécie o princípio da instrumentalidade das formas, amplamente adotado no âmbito desta Corte.” (Acórdão não unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 902.431/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 7/8/2007, DJ de 10/9/2007, p. 202).

Há órgãos do tribunal em que o julgador que o preside profere voto, participando normalmente dos julgamentos. Há, diversamente, órgãos de tribunais em que seu presidente não profere votos; apenas ordena e preside o julgamento. Tudo isso depende do regimento interno do tribunal. O plenário ou a corte especial de um tribunal é presidido pelo presidente do próprio tribunal. Em muitos tribunais, a depender do regimento, o presidente somente profere voto nos casos em que ele for relator (como, por exemplo, no pedido de suspensão de segurança), ou quando houver empate, ou quando houver discussão de matéria constitucional. No STF, por exemplo, o Presidente, ao atuar no plenário, tem voto de qualidade em caso de empate.

O julgamento efetiva-se, normalmente, em sessão pública realizada em recinto concebido e preparado com essa finalidade, no interior de prédio construído para abrigar o tribunal. Vale dizer que o julgamento ocorre, normalmente, na sede do tribunal.

Embora o julgamento realize-se, via de regra, na sede do tribunal, é lícito aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça implementar funcionamento descentralizado, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo (CF/88, arts. 107, § 3º; 115, § 2º; 125, § 6º). É possível, então, haver julgamento fora da sede do tribunal, mediante descentralização estratificada em câmaras regionais.

Não há prazo legal para o julgamento de recursos, incidentes ou causas originárias no tribunal. Entre a distribuição e o julgamento pode mediar variado lapso temporal. O art. 550 do CPC, entretanto, estabelece que os recursos interpostos nas causas de procedimento sumário deverão ser julgados no tribunal, dentro de quarenta dias.

O julgamento, em geral, é feito em sessão pública, com a presença dos membros julgadores. É possível, contudo, haver julgamento virtual, tal como ocorre na apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, da repercussão geral em recurso extraordinário, para cujo capítulo se remete o leitor.

10.2. Convocação de outros juízes para a composição do quorum do julgamento

Em 2007, o STJ aplicou essa regra do art. 56 de seu regimento interno, convocando um membro do TRF da 1ª Região e uma Desembargadora do TJMG. O Juiz Federal Carlos Fernando Mathias de Souza e a Desembargadora Jane Ribeiro Silva foram convocados para completarem a composição do STJ. A Desembargadora Jane Ribeiro Silva foi convocada para compor a 5ª Turma e a 3ª Seção, passando, depois, a compor a 6ª Turma, em substituição ao Ministro Paulo Medina, temporariamente afastado de suas funções. O Juiz Carlos Mathias, inicialmente convocado para

compor a 6ª Turma e 3ª Seção, passou, posteriormente, a compor a 2ª Turma e 1ª Seção do STJ. Sua convocação se deu em razão da destinação de um ministro do STJ para integrar o Conselho Nacional de Justiça, com afastamento das funções, desfalcando a composição do tribunal.

Acontece, algumas vezes, de a turma ou câmara ser composta por dois juízes convocados e um desembargador. Significa que o julgamento, nesses casos, será realizado, em sua maioria, por *juízes de primeira instância*.

De acordo com o art. 93, III, da Constituição Federal, a estrutura dos órgãos judiciários é *hierarquizada*, dividindo-se cada instância jurisdicional em entrâncias, de tal maneira que os tribunais são compostos por desembargadores que ascendem ao cargo mediante promoções sucessivas na carreira. Logo, há uma hierarquia entre os membros dos tribunais e os juízes de primeira instância. Desse modo, não deve haver *revisão* de julgados de juízes de primeira instância por outros juízes de primeira instância, *salvo* nos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde existem Turmas Recursais compostas por juízes de primeira instância, a teor do que preceitua o art. 98 da Constituição Federal.

Ofende o princípio constitucional do juiz natural o julgamento de recursos, no tribunal, por órgão composto, em sua maioria, por juízes de primeira instância. O tribunal, em verdade, é, nessa hipótese, convolado em Turma Recursal de juízes de primeira instância, violando, portanto, o art. 5º, LIII e XXXVII, da CF/88 (*princípio do juiz natural*).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu: “– PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÓRGÃO FRACIONÁRIO INSUFICIENTEMENTE COMPOSTO. NULIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO. – Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, majoritariamente, por juízes de Primeiro Grau. – Ordem concedida.” (Acórdão da 6ª Turma do STJ, HC 9405/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, rel. p/ ac. Min. William Patterson, j. 11.04.2000, DJ de 18.06.2001, p. 189).

Em outro precedente, o Superior Tribunal de Justiça também decidiu nesse sentido: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. OCORRÊNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JULGAMENTO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau, por violação ao princípio do juiz natural e aos artigos 93, III, 94 e 98, I, da CF. 2. É nulo o julgamento do recurso em sentido estrito em que não houve a intimação pessoal do defensor público. 3. Ordem concedida para anular o julgamento.” (HC 72941/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 19.11.2007 p. 297).

O Superior Tribunal de Justiça reviu esse seu entendimento, passando a admitir o julgamento, em tribunal, por turma composta por juízes de primeira instância convocados. Segundo passou a entender o STJ, “Não ofende o princípio do juiz natural a convocação de juízes de primeiro grau para, nos casos de afastamento eventual do desembargador titular, compor o órgão julgador do respectivo Tribunal, desde que observadas as diretrizes legais federais ou estaduais, conforme o caso. Precedentes do STF e do STJ.” (STJ, 5ª T., HC 111.919/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.11.2008, *DJe* 2.2.2009). De igual modo, o STF entende que o julgamento por órgão composto majoritariamente por juízes convocados não viola a garantia do juiz natural (STF, Pleno, HC 96.821, re. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.4.2010, *DJe-116* divulg 24.6.2010 public 25.6.2010). Nesse mesmo sentido, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.133/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, entendeu não haver ofensa à garantia do juiz natural, desde que respeitadas as exigências previstas em lei acerca da convocação.

10.3. Da ordem de julgamento, inclusão e publicação da pauta

Distribuída a causa, os respectivos autos são encaminhados ao relator, que deverá estudar o caso submetido ao crivo do tribunal. Feito o estudo do caso, o relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar a causa. Lançada aos autos essa exposição, o relator fica vinculado à causa, devendo participar do julgamento, ainda que venha a ser removido para outra câmara ou turma. Nessa hipótese, não há modificação de competência; o caso não se desloca para a nova câmara ou turma da qual passou a fazer parte o relator. Continua o caso afeto à câmara ou turma originária, devendo o relator, que lançou o relatório nos autos, fazer parte do julgamento.

Todo aquele que lançar seu visto nos autos participará do julgamento, a não ser que sobrevenha caso de força maior, a impedir seu comparecimento (CPC, art. 552, § 3º), tal como falecimento, aposentadoria, licença médica, nomeação para compor um tribunal superior *etc.*

Lançado o relatório e tendo o relator apostado seu visto, os autos serão encaminhados à secretaria. Se o caso for daqueles que exigem a presença de revisor, os autos serão endereçados ao gabinete deste, que irá estudar o caso e apor seu visto, cabendo-lhe pedir dia para julgamento. Não havendo necessidade de revisor, é o próprio relator quem pede dia para julgamento.

Os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente do órgão, que designará dia para julgamento, mandado publicar a pauta no órgão oficial, sendo igualmente afixada na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento.

Nos embargos de declaração e no agravo interno, não há inclusão em pauta de julgamento. Uma vez opostos os embargos ou interposto o agravo, deve o relator apresentar o feito na próxima sessão de julgamento, quando, então, haverá de ser

realizada a apreciação colegiada do recurso, com a tomada da decisão correspondente. Se, em tal sessão de julgamento, não for apresentado o feito em mesa, deverá, então, haver inclusão em pauta. Se, apresentado o feito em mesa na sessão seguinte, houver pedido de vista, o voto deve ser apresentado na sessão designada na forma do regimento interno. Sendo ultrapassado o prazo regimental, deve haver inclusão em pauta. Assim já decidiu o STJ: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS. COBRANÇA DE PEDÁGIO. VOTO-VISTA PROFERIDO FORA DO PRAZO REGIMENTAL SEM COMUNICAÇÃO ÀS PARTES. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO. 1. O RISTJ prevê prazo para que seja proferido o voto, em razão de pedido de vista. Sendo este ultrapassado, tendo havido sustentação oral, as partes devem ser comunicadas do novo dia determinado pelo relator. Na espécie, o voto foi apresentado em data posterior ao determinado pelo art. 162 do referido regimento. 2. Há cerceamento de direito de defesa assegurado às partes se estas são impedidas de conhecerem do julgamento. 3. Julgamento anulado com a reinclusão do processo em pauta e oferecimento da oportunidade de sustentação oral pelas partes.” (EDcl no REsp 417804/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 11/10/2004 p. 235).

No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PEDIDO DE VISTA. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO APÓS 20 MESES. NOVA INCLUSÃO EM PAUTA. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. Após pedido de vista, a nova inclusão do feito em pauta de julgamento é dispensável quando se mostra razoável o lapso temporal decorrido entre o início do julgamento e sua prolação. 2. No caso, o adiamento durou mais de 20 (vinte) meses. Impediu-se, dessa forma, que a parte e seu patrono acompanhassem o desfecho do julgamento com a apresentação ou renovação de memoriais e audiências junto aos magistrados, o que atenta diretamente contra o princípio da não surpresa garantido aos litigantes. 3. A lesão ao direito de defesa revela-se ainda mais manifesta dada a circunstância de que a composição da Turma sofreu drástica alteração neste interregno, pois todos os magistrados que participaram da segunda assentada não eram membros do Órgão Colegiado na primeira sessão. 4. Precedente da Primeira Turma: EDResp 417.804/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Rel. para acórdão Min. José Delgado, DJU 11.10.04. 5. Recurso especial provido.” (REsp 1115393/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 27/08/2009).

Feita a inclusão em pauta, esta deve ser publicada no Diário de Justiça com antecedência mínima de quarenta e oito horas da sessão de julgamento, sob pena de nulidade (súmula do STJ, n. 117). Realizado o julgamento, sem que tenha havido essa publicação da pauta com antecedência mínima de quarenta e oito horas, haverá defeito que poderá acarretar a aplicação da sanção de nulidade.

Operando-se esse defeito, cabe à parte prejudicada opor embargos de declaração para obter sua anulação ou, então, o prequestionamento da matéria, a fim de erigir a questão ao crivo do Superior Tribunal de Justiça mediante a interposição de recurso especial.

Na verdade, nessa hipótese, a parte, nos embargos de declaração, deve alegar que houve omissão na aplicação do § 1º do art. 552 do CPC, requerendo seja suprida, com a anulação do julgamento para que seja proferido outro, desta feita com a inclusão em pauta e a consequente publicação no prazo ali previsto.

Em vez de acolher os embargos para anular o julgamento e determinar a renovação de todos os atos processuais anteriores, é lícito ao tribunal, aplicando o § 4º do art. 515 do CPC, determinar que os embargos de declaração sejam incluídos em pauta, obedecida a antecedência de quarenta e oito horas entre a publicação e a sessão de julgamento, renovando o julgamento da apelação. Nessa renovação de julgamento, deve haver o respeito ao § 1º do art. 552 do CPC e, igualmente, ao enunciado 117 da súmula do STJ, garantindo, assim, sua publicidade e respeitando-se, dessa forma, o contraditório, com a faculdade de o advogado apresentar sustentação oral. Assim, o vício será sanado, com a renovação do julgamento da apelação, feita nos embargos declaratórios.

Essa solução – ora defendida – já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo de existir o referido § 4º do art. 515 do CPC. Trata-se da melhor solução a ser dada ao caso, eis que compatível com os desígnios de economia e instrumentalidade das formas, ajustando-se ao princípio constitucional da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII). Com efeito, segundo anotado no mencionado precedente do STJ, “Não há nulidade se o Relator no Tribunal de origem, reconhecendo a falta de intimação das partes para o julgamento da Apelação, recebe a peça informativa como Embargos de Declaração e determina sua inclusão em mesa na sessão seguinte, para acolhê-los mas rejeitar a decisão anterior. Prejuízo não demonstrado”⁵².

Publicada a pauta com a antecedência de quarenta e oito horas e iniciada a sessão de julgamento, a causa deve ser apreciada na ordem de preferência prevista em lei. Exposta a causa pelo relator, facultam-se aos advogados a sustentação oral, colhendo-se, em seguida, os votos dos julgadores. Proferidos os votos, o presidente do órgão anunciará o julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, aquele que proferiu o primeiro voto vencedor.

10.4. Exposição da causa pelo relator

Consoante já restou acentuado, compete ao relator estudar o caso e elaborar uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar a causa. Na verdade, cabe ao relator, com o perdão do pleonismo, elaborar o relatório.

52. Acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, REsp 76.352/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 28.03.2000, *DJ* de 02.05.2000, p. 155.

O acórdão deve conter os mesmos requisitos da sentença, que estão previstos no art. 458 do CPC. Dentre tais requisitos, sobressai o *relatório*, que, na dicção do inciso I do referido art. 458 do CPC, “conterá os nomes das partes, a *suma do pedido e da resposta do réu*, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.

Ao relator cabe expor sobre a argumentação desenvolvida por cada uma das partes. Se o relatório contém detalhada exposição sobre a argumentação apresentada por uma das partes, sendo omissa quanto à argumentação da parte contrária, há omissão e descumprimento do quanto disposto no inciso I do art. 458 do CPC.

A falta de referência, no relatório, das razões de uma das partes implica, em última análise, ofensa ao *princípio do contraditório*. Isso porque a obediência ao princípio do contraditório constitui garantia da *imparcialidade* do juiz. O magistrado que não cumpre o primado do contraditório, deixando de registrar as razões alegadas por uma das partes, já terá, somente por isso, cometido uma parcialidade, por não haver investigado senão a *metade* do que poderia verificar⁵³. Se isso ocorrer, não se anuncia aos demais membros do colegiado, de maneira expressa e detalhada, quais as razões apresentadas pela parte. Somente os fundamentos apresentados por uma das partes é que seriam narrados, com detalhes, no relatório, maculando o devido processo legal, por não se conferir tratamento igualitário às partes.

A omissão do relatório, consistente na falta de registro ou de narrativa da argumentação de uma das partes, pode ser corrigida no julgamento de embargos de declaração⁵⁴. Não suprida a omissão, cabe recurso especial para se obter a correção do vício.

Enfim, cabe ao relator proceder à exposição da causa, narrando todo o ocorrido e registrando os argumentos utilizados por cada uma das partes, a fim de possibilitar aos demais membros do colegiado bem compreenderem a controvérsia posta a julgamento. Se, no caso, houver revisor, a este é franqueada a

53. ALONSO, Pedro Aragonés. *Proceso y derecho procesal (introducción)*. 2ª edición. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 130.

54. “PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO RECURSAL ESPECÍFICO DO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE SURGIDA NO ACÓRDÃO. RELATÓRIO DO ACÓRDÃO DEFICIENTE. ART. 458, I DO CPC. I – É necessário o prequestionamento explícito do tema recursal, ainda que tenha surgido apenas no acórdão recorrido e verse sobre sua nulidade. II – A *deficiência do relatório do acórdão, que deixa de narrar a argumentação lógico-jurídica da recorrente, constitui omissão a ser sanada pela oposição de embargos de declaração*. A ausência de provocação do Tribunal de origem, sobre o tema de nulidade ali surgido, atrai o óbice das Súmulas nº 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal. III – Agravo a que se nega provimento.” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, AgRg no Ag 239.313/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/8/2000, DJ de 25/9/2000, p. 95; RSTJ 140/164).

possibilidade de complementar o relatório ou, até mesmo, corrigir imprecisões e falhas nele contidas.

10.5. Sustentação oral

10.5.1. Generalidades

Diante da garantia constitucional do contraditório, permite-se que, no julgamento a ser proferido pelo tribunal, possam as partes sustentar *oralmente* as razões de seus recursos, contribuindo para a reflexão dos julgadores, ao mesmo tempo em que tentam convencê-los do acerto de suas respectivas teses, com o que se contribui para uma decisão mais aprimorada. Realmente, assim dispõe o art. 554 do CPC: “Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze (15) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso”.

Tanto o recorrente quanto o recorrido podem apresentar sustentação oral.⁵⁵ E o fazem na pessoa de seus advogados, a quem o sistema confere em regra capacidade postulatória. Durante a vigência do CPC de 1939, havia os que entendiam que o recorrido não poderia produzir sustentação oral, se não houvesse ofertado contrarrazões, pois, nesse caso, não existia o que sustentar⁵⁶. Prevalencia, entretanto, o entendimento de que, mesmo não apresentando contrarrazões, poderia o recorrido produzir sustentação oral, entendendo-se que foram adotados por ele os argumentos da decisão recorrida⁵⁷.

Tudo leva a crer que tal orientação não se alterou diante das regras contidas no atual Código de Processo Civil. É lícito não apenas ao recorrente, mas também ao recorrido, apresentar sustentação oral na sessão de julgamento. O recorrido poderá fazê-lo, ainda que não tenha apresentado contrarrazões ao recurso, sustentando a manutenção da decisão atacada e defendendo a correção dos argumentos ali articulados.

55. O Ministério Público, quando atua como parte, também pode apresentar sustentação oral. No julgamento do MS 14.041-DF, a 1ª Seção do STJ entendeu, todavia, que o Ministério Público não deve fazer sustentação oral como parte, pois já atua, na sessão de julgamento, como fiscal da lei, não sendo possível acumular, no mesmo caso, a qualidade de parte com a função de *custos legis*. Não parece adequado o entendimento. Se o Ministério Público é parte no processo, dispõe de todos os direitos, faculdades, poderes, ônus, deveres das partes, devendo ser-lhe franqueada a possibilidade de apresentar sustentação oral.

56. SEABRA FAGUNDES. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 275.

57. MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Atual. por Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, n. 355, p. 426.

10.5.2. O momento para a apresentação da sustentação oral

À exceção do relator e, em alguns casos, também do revisor, os demais membros do tribunal ou órgão colegiado julgam em virtude do que *escutam* na sessão de julgamento, não tendo acesso aos autos do processo. Proferir julgamento, levando em conta o que se *ouve*, pode privar o magistrado de, eventualmente, não perceber determinado detalhe ou pode fazer com que seja desviada sua atenção ou perdida a concentração ou, ainda, que lhe escape uma particularidade do caso que lhe foi submetido a exame, influenciando no resultado da decisão a ser tomada.

Por essa razão e em virtude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, permite-se que o advogado, na sessão de julgamento, sustente oralmente as razões do recurso ou da ação erigida ao crivo do tribunal. Aliás, constitui direito do advogado apresentar a sustentação oral, segundo estabelece o art. 7º, IX, do Estatuto da Advocacia e da OAB – EOAB: “Art. 7º. São direitos do advogado: IX – sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido”.

Enquanto o art. 554 do CPC dispõe que a sustentação oral será apresentada após a exposição da causa pelo relator, o art. 7º, IX, do EOAB prevê que o advogado tem direito de sustentar oralmente as razões de qualquer recurso, após o voto do relator, o que é manifestação do princípio da cooperação, pois o advogado tentará convencer os demais julgadores, *que não tiveram acesso aos autos e costumam impressionar-se com os argumentos do relator*, já tendo por base os fundamentos do primeiro julgador.

Ao apreciar a ADI 1105 MC / DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), suspendendo, liminarmente, sua vigência. Segundo a decisão da Corte Suprema, não se franqueia ao legislador imiscuir-se no campo reservado aos regimentos internos dos tribunais, devendo a disciplina da sustentação oral confinar-se no âmbito destes últimos, sendo inconstitucional a lei que trate de tal matéria. Além do mais, no entendimento do STF, proferido o voto do relator, já se iniciara a fase decisória, não se permitindo que o procedimento retorne à fase postulatória para permitir a sustentação oral⁵⁸. Esse entendimento foi ratificado

58. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que pospõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante

no julgamento do mérito desta ADIN, em 17.08.2006, acórdão publicado no dia 04.06.2010. Não obstante, ainda há tribunais, como o TRT da 5ª. Região, em que a sustentação oral se realiza após a leitura do voto do *relator*⁵⁹.

A sustentação oral deverá, então, ser apresentada pelo advogado após o *relatório*, mas *antes* do voto do relator (salvo regra regimental em sentido diverso). Para tanto, poderá fazê-lo sentado ou em pé, consoante lhe assegura o art. 7º, XII, do EAOB⁶⁰.

Não custa repetir que a sustentação oral deve ser feita *após o relatório*, mas *antes do voto* do relator. Encerrada a leitura do relatório, será dada a palavra a cada um dos advogados pelo prazo sucessivo de 15 (quinze) minutos. Caso haja mais de um recorrente ou mais de um recorrido, cada um com advogados distintos, deve-se aplicar o art. 191 do CPC, dando-lhes prazo em dobro para se manifestar; esse tempo deve ser dividido por igual entre os dois ou mais advogados, a não ser que eles ajustem outra divisão⁶¹.

da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raíças por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua consequente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, I, IV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta.” (Acórdão não unânime do Pleno do STF, ADI 1105 MC/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 03/08/1994. DJ de 27/04/2001, p. 57).

59. Leonardo José Carneiro da Cunha, um dos autores deste volume, entende que, no âmbito dos tribunais, é comum haver apenas as fases postulatória e decisória. A leitura do relatório pelo relator confina-se na fase postulatória. Iniciado o voto pelo relator, descerra-se a fase decisória, colhendo-se os demais votos. Permitir que, após o voto do relator, seja apresentada a sustentação oral, é autorizar o retorno da fase decisória para a postulatória, tornando-se a voltar para a decisória, a fim de serem colhidos os demais votos. Nesse caso, a sustentação oral revestiria contornos de recurso ou de contrarrazões parciais: ao advogado seria conferida a oportunidade de atacar ou sustentar as razões do voto do relator, e não de seu recurso ou contrarrazões. Daí por que, no entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, a sustentação oral deve mesmo ser apresentada após o *relatório*, e não após o voto do relator.

60. “Art. 7º. São direitos do advogado XII – falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;”

61. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 5, n. 350, p. 575.

Se a causa exigir intervenção obrigatória do Ministério Público, encartando-se em uma das hipóteses do art. 82 do CPC, deverá o órgão do *parquet* ter direito a sustentação oral, também por 15 (quinze) minutos, após as partes⁶². É que o Ministério Público, quando atua como fiscal da lei, tem sempre a oportunidade de manifestar-se depois das partes, podendo, então, apresentar sustentação oral na sessão de julgamento, após a sustentação do recurso ou ação pelas partes⁶³.

10.5.3. A publicidade como meio de viabilizar a sustentação oral

Designado dia para julgamento da causa no tribunal, deverá ser publicada a respectiva pauta no órgão oficial. Na dicção do § 1º do art. 552 do CPC, deverá mediar entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas.

Não cumprido esse interregno mínimo, poderá ser invalidado o julgamento. É o que, a propósito, estabelece o enunciado n. 117 da Súmula do STJ: “a inobservância do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, entre a publicação de pauta e julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade”. Também poderá ser invalidado o julgamento se da publicação não constar o nome de alguma das partes ou o do advogado de qualquer delas, incidindo-se, no particular, o disposto no art. 236, § 1º do CPC⁶⁴. Nessas hipóteses, somente não haverá nulidade se todos os advogados estiverem presentes à sessão de julgamento e não haja qualquer prejuízo.

A finalidade dessa publicação, com certa antecedência, consiste em avisar aos interessados do julgamento, conferindo publicidade ao ato processual. Com isso, permite-se que os advogados possam comparecer à sessão de julgamento não apenas para assisti-la, mas, sobretudo, para apresentar, cada um, sua sustentação oral.

Exatamente por isso, se o julgamento for adiado por lapso considerável de tempo, deve haver nova inclusão em pauta, publicada com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas do dia da sessão em que for levado o recurso ou ação para continuação do julgamento. Não havendo, nesse caso, nova intimação, será nulo o julgamento⁶⁵.

62. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, n. 351, p. 576-577.

63. PINTO, Nelson Luiz. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 554, p. 1.653.

64. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, n. 345, p. 570.

65. *Nesse sentido*: “Processual Civil – Processamento do Recurso na Instância Ordinária – Julgamento Adiado por Lapso Considerável de Tempo – Posterior Julgamento sem Nova Intimação – Nulidade – arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC. 1. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas. 2. Viola os arts. 236, § 1º, 552

De igual modo, anulado o julgamento, sua renovação depende de nova inclusão em pauta, viabilizando-se nova oportunidade de sustentação oral, sob pena de nulidade⁶⁶.

Enfim, havendo adiamento longo do julgamento ou vindo este a ser anulado, deve haver nova inclusão em pauta, conferindo-se às partes, por seus advogados, oportunidade para apresentação de sustentação oral.

10.5.4. Pedido de sustentação oral

Dispõe o art. 565 do CPC que: “desejando proferir sustentação oral, poderão os advogados requerer que na sessão imediata seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais”. E seu parágrafo único acrescenta: “se tiverem subscrito o requerimento os advogados de todos os interessados, a preferência será concedida para a própria sessão”.

Os advogados que desejarem fazer a sustentação oral podem, como se vê, requerer seja-lhes conferida preferência na mesma sessão, desde que estejam todos presentes na sessão de julgamento. Caso não haja ali a presença de todos, poderá qualquer um deles requerer o adiamento do julgamento por uma sessão, a fim de que possa gozar de preferência, devendo haver nova intimação para todos os interessados, a fim de que se dê publicidade ao adiamento e à preferência postulada.

A finalidade desse procedimento consiste em “evitar que os advogados sejam obrigados a aguardar por horas o julgamento de todas as causas e recursos que se encontram cronologicamente anterior na pauta de julgamento, em prejuízo de suas outras atribuições”⁶⁷. Essa preferência – que não afasta nem se sobrepõe às preferências legais, de que são exemplos os julgamentos de mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* – pode ser requerida oralmente ou por escrito,

e 565 do CPC o julgamento de autos, adiado por lapso considerável de tempo, sem a intimação do patrono da empresa, através de nova inclusão em pauta. 3. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, oportunizando-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta”. (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 415.027/PR, rel. Min. Eliana Calmon, RDDP 20:230).

66. “Processo civil. Recurso especial. Apelação. Pedido de sustentação oral deduzido. Acórdão. Determinação de remessa do apelo a outro Tribunal. Embargos de declaração. Anulação do julgado anterior. Julgamento do mérito do recurso de apelação sem nova inclusão do feito em pauta. Nulidade. – *Acolhidos os embargos de declaração para se anular o acórdão que determinou a remessa da apelação a outro Tribunal, deverá o feito ser novamente incluído em pauta, a fim de que possa o advogado proferir sustentação oral, nos termos de pedido anteriormente deduzido. – Não supre a nulidade o fato de os embargos de declaração terem sido incluídos em pauta para julgamento, porquanto não se admite sustentação oral na hipótese.* Recurso especial provido.” (Acórdão unânime da 3ª Turma do STJ, REsp 528.348/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, RDDP 11:228).

67. PINTO, Nelson Luiz. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 565, p. 1.670.

no início da sessão ou durante sua realização, mas sempre antes de iniciado o julgamento do processo⁶⁸. Cada tribunal costuma estabelecer regras próprias para organizar os pedidos de preferência; os advogados devem estar atentos a essas peculiaridades.

A jurisprudência tem atenuado o rigor da regra, dispensando, até mesmo, o requerimento por escrito. Em despacho proferido na Reclamação nº 2.398-2, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, apreciando petição da parte em que foi requerida a sustentação oral, decidiu que: “a sustentação independe, nos casos em que admitida, de requerimento, cabendo ao profissional da advocacia, realizado o pregão, assomar à tribuna e ao Presidente da Sessão dar-lhe a palavra”⁶⁹.

Além de dispensar o requerimento por escrito, a jurisprudência não vem aceitando o pedido de adiamento feito por um dos advogados, a não ser que se comprove justo motivo. E, invertendo a regra, somente se aceita o adiamento se todos os advogados assim postularem. Estando presente na sessão e desejando apresentar sustentação oral, o advogado deverá fazê-lo naquela mesma assentada. Com efeito, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a falta de decisão acerca de pleito, visando adiar sessão de julgamento, não enseja nulidade, porquanto o pedido de sustentação oral tem o único efeito de imprimir ao processo respectivo uma preferência de julgamento na sessão originariamente agendada, da qual as partes e seus advogados já estão devidamente cientificados. O adiamento a pedido de advogado de apenas uma das partes somente tem cabimento na hipótese de comprovado e justo motivo que impeça o causídico de comparecer à sessão de julgamento; caso contrário o pleito deverá ser intentado pelos advogados de ambas as partes, sob pena de violação ao contraditório”⁷⁰.

68. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 5, n. 375, p. 609.

69. Publicado na *Revista Dialética de Direito Processual* n. 25, p. 181.

70. Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, EDcl no REsp nº 520.547/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, *RDDP* 13:237.

Tal entendimento é referendado pela doutrina, impondo-se transcrever o teor das seguintes lições: “A literalidade do texto sugere que o pedido de preferência para a sessão subsequente pode ser formulado pelo advogado de apenas uma das partes e que para a mesma sessão haja necessidade de requerimento conjunto dos advogados de ambas as partes. Mas, e se apenas o advogado de uma das partes comparecer à sessão para a qual está marcado o julgamento do feito, não poderá, isoladamente, requerer que, após julgados todos aqueles com preferência, seja o dele apreciado antes dos demais? Deverá permanecer na sala de sessões horas e horas até o momento em que, na ordem da pauta, se encontrar o processo que lhe interessa? É isso razoável? Haverá prejuízo para a parte contrária, se o feito for julgado em 15º (décimo quinto) ou 36º (trigésimo sexto) lugar, se, de qualquer forma, o advogado presente preferirá sustentação oral? Não acreditamos possa decorrer nulidade do julgamento se tal providência for deferida” (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, vol. 7, n. 1 ao art. 565, p. 386-387).

Tudo está a demonstrar, portanto, que, pretendendo apresentar sustentação oral, basta ao advogado fazer-se presente na sessão de julgamento, requerendo, oralmente, seja-lhe conferida preferência, vindo a, após a leitura do relatório, sustentar oralmente as razões ou contrarrazões do recurso.

10.5.5. Casos em que não se admite a sustentação oral

Enquanto o disposto no art. 7º, IX, do Estatuto da OAB prevê o direito de o advogado sustentar, oralmente, as razões de *qualquer* recurso, o art. 554 do CPC *excepciona*, expressamente, os *embargos de declaração* e o *agravo de instrumento*. Com efeito, segundo consta deste último dispositivo, *não se permite a sustentação oral nos recursos de agravo de instrumento e de embargos de declaração*.

Como já restou acentuado, o STF, ao julgar a ADI 1105 MC/DF, suspendeu a vigência do inciso IX do art. 7º do Estatuto da OAB, de forma que não se mantém a disposição que permitia a sustentação oral em qualquer recurso. Vigê, então, o art. 554 do CPC, que afasta a possibilidade de sustentação oral em embargos de declaração e, igualmente, em agravo de instrumento.

Talvez por isso não haja, nos embargos declaratórios, a necessidade de inclusão em pauta. Ora, se a publicação da pauta destina-se a conferir publicidade para que a parte compareça na sessão, a fim de assistir ao julgamento e, querendo, apresentar sustentação oral, é razoável supor que, não sendo cabível a sustentação oral, não houvesse inclusão em pauta, nem intimação prévia. Realmente, o relator, mercê do art. 537 do CPC, deve apresentar os embargos de declaração em mesa, proferindo voto, independentemente de inclusão em pauta. Não parece, contudo, que a sustentação oral decorra, necessariamente, da inclusão em pauta. Seu fundamento, como visto, está na aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Parece, em virtude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se deve admitir a sustentação oral nos embargos de declaração. É que o contraditório, nos termos da doutrina mais moderna, deve viabilizar um *diálogo* entre o órgão julgador e as partes, permitindo uma atuação participativa e influente no resultado de qualquer julgamento⁷¹. É, no mínimo, de constitucionalidade duvidosa a restrição contida no art. 554 do CPC, não parecendo haver óbice para a sustentação oral no julgamento de embargos de declaração. Principalmente quando lembrada a lição, vista no capítulo sobre embargos de declaração, de que é possível que do julgamento dos embargos de declaração resulte modificação da

71. GRECO, Leonardo. "O princípio do contraditório". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, mar. 2005, v. 24, p. 71-79.

decisão embargada (parece que a restrição prevista no art. 554 do CPC parte da falsa premissa de que os embargos de declaração apenas servem para aclarar a decisão embargada, sem alterá-la).

De igual modo, não há razão para afastar a sustentação oral no julgamento do agravo de instrumento. A regra inserta no art. 554 do atual CPC reproduz o disposto contido no art. 875 do CPC de 1939, que previa a sustentação oral, “se o recurso não for de agravo ou embargos declaratórios”. Segundo esclarece Pedro Batista Martins, “quando o Código exclui os agravos, êle somente o faz porque, em sua sistemática, êsse não é o recurso cabível contra as decisões de mérito”⁷².

Diferentemente do que sucedia na sistemática do CPC de 1939, os recursos, no sistema atual, não dependem do *conteúdo* da decisão recorrida. Na sistemática do CPC de 1939, a sentença que extinguísse o processo sem exame do mérito seria atacada por agravo de petição, enquanto a sentença de mérito era desafiada por apelação. As decisões interlocutórias, por sua vez, não ostentavam conteúdo de mérito, sendo apenas algumas atacadas por agravo de instrumento; as demais eram irrecorríveis.

No sistema atual, não importa, para se perquirir qual o recurso cabível, o conteúdo da decisão. Em se tratando de sentença, seja terminativa ou de mérito, o recurso é um só: apelação. A decisão interlocutória, tenha ou não conteúdo de mérito, será atacada por agravo. Se a decisão interlocutória rejeita, por exemplo, a prescrição ou a decadência, a matéria será de mérito, mas caberá, de qualquer modo, o agravo, e não a apelação. Enfim, na sistemática em vigor, não é o conteúdo da decisão que define qual o recurso cabível.

Além do mais, no julgamento do agravo de instrumento também se analisa uma *causa*, podendo, até mesmo, o correspondente acórdão ser objeto de recurso especial e/ou extraordinário (Súmula do STJ, n. 86), e até mesmo embargos infringentes (súmula do STJ, n. 255).

O que se percebe, em verdade, é que o julgamento do agravo de instrumento não ostenta menos importância do que aquele proferido em apelação, em embargos infringentes, em recurso especial, em recurso extraordinário ou em qualquer outro recurso. É bem verdade que o sistema denota ter dado mais importância à apelação, aos embargos infringentes e à ação rescisória, pois nestes, como se viu, além de relator, há igualmente revisor. Isso, contudo, não é suficiente para afastar o cabimento de sustentação oral. É que outros recursos que não têm revisor admitem

72. MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Atualizado por Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, n. 356, p. 426.

a sustentação oral. Ademais, a apelação, quanto interposta contra o indeferimento da petição inicial ou quando a sentença for proferida em procedimento sumário ou em ação de despejo (CPC, art. 551, § 3º), não comporta revisor, mas nem por isso está vedada a sustentação oral.

Não há, pois, qualquer fundamento razoável que permita afastar a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento, revelando-se contrária aos princípios do contraditório e da ampla defesa a iniciativa de proibi-la. Tudo indica, então, que a restrição contida no art. 554 do CPC, que veda a sustentação oral nos embargos de declaração e no agravo de instrumento, não se compatibiliza com a atual sistemática constitucional, sendo certo que se deve admitir a sustentação oral em *qualquer* recurso, com o que se põe em relevo a necessária contribuição dos advogados no julgamento e o indispensável diálogo que se deve nutrir entre advogados e magistrados. Não é sem razão, aliás, que o advogado, por disposição constitucional, é indispensável à administração da justiça.

10.5.6. *Aplicação do art. 557 do CPC e o cabimento da sustentação oral*

Da decisão proferida pelo relator que nega seguimento a recurso ou que já lhe dá imediato provimento cabe um agravo interno (CPC, art. 557, § 1º).

Infere-se dos termos do dispositivo que o agravo é interposto no prazo de 5 (cinco) dias, admitindo-se retratação. Não havendo retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto. Não há, portanto, inclusão em pauta de julgamento. De igual modo, não há previsão de *contraditório*, não havendo menção à necessidade de a parte contrária ser intimada para apresentar suas contrarrazões.

Assim, diante de uma simples leitura do dispositivo, conclui-se não haver contraditório no referido agravo.

Parece, para que a regra não seja considerada inconstitucional, que se deve conferir publicidade ao referido agravo, não somente porque todos os julgamentos devem ser públicos (e, portanto, anunciados com antecedência), mas também em razão do próprio princípio do contraditório. É que faz parte do princípio do contraditório dar ciência às partes dos atos a serem realizados no processo.

Não se revela, porém, admissível, no entendimento da Corte Suprema, a sustentação oral no agravo interno⁷³. Sendo o STF o guardião da Constituição

73. "Processual Civil. Sustentação Oral em Agravo Regimental: Impossibilidade. Ofensa ao Devido Processo Legal: Inocorrência. Embargos de Declaração: Ausência de Pressupostos. I – Impossibilidade de sustentação oral no julgamento de agravo regimental (art. 131, § 2º, RI/STF). Inocorrência de ofensa ao art. 5º, LV, CF: Precedentes. II – Inocorrência dos pressupostos dos embargos de declaração: sua rejeição." (Acórdão

Federal e cabendo-lhe fixar o entendimento acerca das normas constitucionais, não há, no entendimento da Corte Suprema, tal inconstitucionalidade.

Incabível, portanto, a sustentação oral no julgamento do agravo interno.

Há, contudo, uma situação particular que, ao que parece, autoriza a apresentação de sustentação oral.

Como se viu, é possível ao relator do recurso já lhe negar seguimento, se a decisão recorrida estiver respaldada em súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior (CPC, art. 557, *caput*). De igual modo, é possível ao relator já dar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1º-A).

Em tais situações, a parte contrária poderá interpor o agravo interno (CPC, art. 557, § 1º), daí se seguindo a decisão colegiada. Nesse caso, o colegiado, ao apreciar o agravo interno, estará, em verdade, julgando o recurso. Imagine-se, por exemplo, que o relator, aplicando o art. 557 do CPC, já negou seguimento ou já deu provimento a uma apelação. Interposto o agravo interno, o colegiado irá, no seu julgamento, apreciar a apelação. Ora, se cabe sustentação oral em apelação, será, no julgamento desse agravo interno, cabível igualmente a sustentação oral.

10.5.7. Sustentação oral versus esclarecimento de fato

A sustentação oral não se confunde com o simples esclarecimento de fato. Ao advogado se permite, em qualquer momento do julgamento, usar da palavra, pela ordem, para esclarecer fatos ou dúvida surgida na sessão. A propósito, assim dispõe o art. 7º, X, do Estatuto da Advocacia e da OAB: “Art. 7º. São direitos do advogado: X – usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;”

Como se viu, a sustentação oral deve ser apresentada, em regra, após o relatório, mas antes do voto do relator. O simples esclarecimento de fato não encontra esse limite: pode ser feito a qualquer momento, durante o julgamento.

A sustentação oral deve ser requerida previamente, antes de iniciado o julgamento da causa. Diversamente, o mero esclarecimento de fato pode ser feito

unânime da 2ª Turma do STF, Emb. Decl. no Ag. Rg. no Agravo de Instrumento 457.404-1/MG, rel. Min. Carlos Velloso, RDDP 13:237).

durante o julgamento, independentemente de qualquer requerimento que antecede o início das discussões entre os julgadores.

Enquanto a sustentação oral sofre limitações, não cabendo no julgamento de agravo de instrumento, de embargos de declaração e de agravo interno (com as ressalvas, feitas em linhas passadas, quanto à inconstitucionalidade dessas restrições), o simples esclarecimento de fato cabe em qualquer caso, não comportando qualquer ressalva.

Enfim, independentemente da sustentação oral, o advogado pode, no julgamento de qualquer recurso ou ação, esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento. A intervenção do advogado, no particular, destina-se (com o perdão do pleonismo) a esclarecer *fatos*, não se lhe permitindo sustentar teses jurídicas, nem interferir nos votos lançados pelos julgadores, nem discordar do entendimento ali manifestado.

10.6. Pedido de vista

O *pedido de vista* – consagrado no § 2º do art. 555 do CPC⁷⁴ – possibilita a qualquer um dos integrantes do órgão julgador, que se considere inabilitado a proferir seu voto de imediato, uma oportunidade de mais bem examinar os autos, a fim de esclarecer-se acerca de determinada questão. A *vista* pode ser *em mesa*, realizada imediatamente, com breve suspensão do julgamento, ou *em gabinete*, quando a *sessão* é suspensa, por até dez dias.

O *relator* não pode *pedir vista*, pois ele *já viu* os autos; a prática, porém, é frequente no foro, pois muitos relatores não vêem os autos, confiando em seus assessores. Rigorosamente, em situações como essas, configura-se hipótese de pedido de *retirada de pauta*, feito pelo próprio relator.

Também não deveria *pedir vista* o *revisor*, pelos mesmos motivos.

Não poderá o julgador manter sob seu poder, indiscriminadamente, os autos do processo: o dispositivo sob exame fixa em uma sessão o limite de tempo para a vista. Essa limitação imposta visa evitar a procrastinação indefinida do feito – e é bastante razoável, notadamente porque a causa já foi relatada. Note que os autos devem ser devolvidos na primeira sessão ordinária subsequente, dispensada nova

74. “§ 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta”.

publicação em pauta, com prioridade sobre os demais feitos, como determina o art. 562, CPC: “Preferirá aos demais o recurso cujo julgamento tenha sido iniciado”.

A observância do prazo legal estabelecido é de fundamental importância: a ocorrência do incidente previsto pelo art. 555 do CPC não poderá, em hipótese alguma, transmutar-se em um entrave ao julgamento do feito. Este pensamento se coaduna com lição de Barbosa Moreira:

“Os regimentos internos dos tribunais devem estabelecer regras que assegurem a observância do prazo: a demora em proferir-se o voto, após o pedido de vista, apaga ou enfraquece, nas mentes dos outros juizes, a lembrança das características da espécie e, com isso, diminui a probabilidade de acerto na decisão”.⁷⁵

Ao descumprir a determinação legal que limita a vista dos autos a uma sessão (ou dez dias), o magistrado acaba por prejudicar a formação do convencimento dos demais membros do órgão julgador. Ora, é após a exposição do relator que o órgão vai deliberar sobre a matéria submetida a sua cognição. Ao pedir vista, o juiz interrompe essa etapa dos trabalhos. Se essa interrupção perdurar até a próxima sessão, ainda estarão os magistrados aptos a proferir seus votos sem qualquer prejuízo. Entretanto, passado algum tempo, parece óbvio que as informações acerca daquele processo não estarão mais vivas na memória dos membros do órgão julgador e o seu convencimento restará prejudicado.

A importância desse prazo é tão grande que, como raramente se vê, o enunciado impõe ao seu desrespeito uma importante e severa sanção: “não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta”. O julgamento prosseguirá, e o julgador terá de proferir o seu voto na sessão.

O STF, regulamentando o art. 134 do seu Regimento Interno, que, dentre outros propósitos, cuida do pedido de vista nos julgamentos do STF, editou a Resolução n. 278/2003, depois alterada pela Resolução n. 322/2006. Convém transcrevê-la integralmente:

Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos devesse devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir a devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo.

75. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 650.

Art. 2º Não se dará a prorrogação automática prevista no § 1º do artigo anterior quando se tratar de processo de réu preso, caso em que findo o prazo do caput do art. 1º será feita a comunicação ao Ministro.

Art. 3º Em se tratando de processo de inquérito e habeas-corpus, os autos deverão ser imediatamente encaminhados ao Gabinete do Ministro que pediu vista, independentemente de revisão e assinatura dos votos já proferidos.

Art. 4º À distribuição de *habeas-corpus*, a Secretaria encaminhará cópias reprográficas ou em meio magnético da inicial e dos documentos que a instruem aos demais Ministros da Turma ou do Plenário.

Art. 5º As Coordenadorias de Sessões deverão manter rigoroso controle dos processos e dos prazos ora estabelecidos, devendo entregar ao respectivo Presidente, a cada sessão, relatório circunstanciado a respeito.

Art. 6º Esta Resolução entrará em vigor em 29 de março de 2004.

10.7. Julgamento separado do juízo de admissibilidade e de cada um dos pedidos cumulados

Aspecto importantíssimo dos julgamentos em tribunal, e muitas vezes olvidado na prática, é o modo como devem ser apreciadas e decididas as questões relacionadas à admissibilidade do processo e as questões principais.

O juízo de admissibilidade e o juízo de mérito (do recurso, de um incidente, do procedimento principal) devem ser bem delimitados no julgamento. É preciso que o relator primeiramente exponha a sua conclusão sobre a admissibilidade, que será apreciada pelo colegiado. Superada a admissibilidade, o relator exporá a sua conclusão a respeito de cada um dos pedidos formulados pelo demandante (recorrente, autor da ação, requerente da instauração do incidente etc.). Haverá uma votação para cada pedido.

Perceba que o acórdão terá, no mínimo, dois capítulos: a decisão sobre a admissibilidade e a decisão de mérito. É possível, porém, que haja mais de um capítulo relativo à admissibilidade ou ao mérito: é que pode haver várias questões de admissibilidade suscitadas ou vários pedidos cumulados. Para cada uma delas, uma votação separada se impõe. Veja o seguinte exemplo: há uma apelação pendente em que se pretende a reforma de um capítulo da sentença e a invalidação de outro: o apelado suscitou que a apelação era intempestiva e que o recorrente era parte ilegítima. No julgamento dessa apelação, o tribunal poderá proferir até quatro decisões, que redundarão em um acórdão com quatro capítulos (podendo haver ainda um quinto capítulo sobre a verba da sucumbência): *i)* sobre a tempestividade do recurso; *ii)* superada a primeira questão preliminar, sobre a legitimidade do recorrente; *iii)* sobre o pedido de reforma; *iv)* sobre o pedido de *invalidação*.

Observe, que, assim, pode haver uma decisão não-unânime na admissibilidade (2X1) e unânime no mérito (3X0). É que o juiz que proferiu o voto vencido na admissibilidade também deve votar no juízo de mérito (art. 561 do CPC: “Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar”).

Esse procedimento deve ser observado com rigor. O “isolamento” de cada uma das decisões é fundamental para compreender, por exemplo, o art. 498 do CPC, que cuida dos *embargos infringentes* contra acórdão em que houve divergência parcial. A divergência parcial ocorre, exatamente, quando o colegiado profere acórdão em que há um capítulo (de mérito ou de admissibilidade) unânime e outro(s) não-unânime(s). É importante, também, para permitir à parte vencida, se assim o desejar, interpor um recurso parcial contra o acórdão, impugnando apenas um(ns) capítulo(s) que poderia(m) ter sido impugnado(s).

Neste momento, é preciso lembrar duas lições vistas em outros volumes deste *Curso*.

Primeiramente, o leitor deve rever o capítulo sobre a teoria da cognição (v. 1), que tem uma lição importante: uma questão pode ser de admissibilidade para um procedimento e de mérito para outro. O cuidado com isso, em tema de recurso, precisa ser redobrado. Pense no seguinte exemplo: a incompetência é uma questão de admissibilidade do procedimento, mas pode ser uma questão de mérito da apelação. Assim, se o apelante pede a invalidade da sentença, em razão da incompetência absoluta do juízo, essa questão será resolvida como *mérito* do procedimento recursal. O juízo de admissibilidade desse recurso envolverá a discussão e decisão de questões como a tempestividade ou regularidade formal da apelação. Muitos julgadores em tribunal confundem-se a respeito disso, julgando como “preliminar” de apelação aquilo que, de fato, é seu mérito. É preciso separar, pois, a questão preliminar (de admissibilidade) do procedimento que tramita no tribunal da questão preliminar do procedimento que tramitou em primeira instância.

Só assim para aplicar devidamente o disposto no art. 560 do CPC: “Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”.

Remete-se ao leitor, ainda, ao capítulo sobre a teoria da decisão (v. 2), em que se explica a teoria dos *capítulos de sentença*, fundamental para a compreensão do quanto dito neste item.

10.8. Correção de defeito processual no julgamento em tribunal

Embora pareça lição comezinha, é preciso alertar: se o tribunal constata a existência de um defeito processual relevante, tem o *dever* de determinar a sua correção ou o aproveitamento do ato defeituoso, aplicando o sistema de invalidades processuais (arts. 243-250 do CPC) que também lhe é dirigido.

Mesmo não havendo necessidade de regra específica para cuidar do assunto, o legislador foi, neste ponto, bastante precavido e resolveu “pecar pelo excesso (*quod abundat non nocet*)”.

Previu isso no § 4º do art. 515 do CPC, que cuida da apelação e já foi examinado: “§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”. E repetiu no parágrafo único do art. 560 do CPC: “Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício”.

10.9. A dispersão de votos (quando não se atingiu a maioria). O voto-médio

Como o julgamento em tribunal é, em regra, colegiado, o resultado é obtido pela soma dos votos proferidos. Assim, o julgamento pode operar-se por unanimidade ou por maioria de votos. Há casos, contudo, em que não se consegue alcançar uma maioria, caracterizando o que se chama de *dispersão de votos*, situação identificada pelos espanhóis como *discordia* e pelos franceses, como *partage*⁷⁶.

A dispersão de votos pode verificar-se de forma *quantitativa* ou *qualitativa*. Tome-se como exemplo de dispersão quantitativa aquele em que o relator profere voto estimando o valor da condenação em 100, o revisor em 80 e o vogal em 50. Por sua vez, ocorre dispersão qualitativa, quando cada voto indica um resultado diferente, a exemplo da hipótese em que o relator conferiu a guarda da criança à mãe, o revisor, ao pai e o vogal, à avó materna.

Indaga-se qual a solução a ser adotada nessas hipóteses.

No caso de dispersão quantitativa, adota-se o chamado *voto médio*, que é obtido por duas maneiras diferentes.

76. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Embargos infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 137.

A primeira delas é identificada como *sistema de continência*, em razão do qual se adota como vencedor o voto que se encontra entre as extremidades dos demais posicionamentos. Em outras palavras, adota-se o “voto do meio”; daí o termo *voto médio*. No exemplo aventado, em que o relator votou por 100, o revisor, por 80 e o vogal por 50, o voto médio seria 80, exatamente por estar “no meio”, entre 100 e 50. Na verdade, 80 está inserido em 100, significando dizer que quem votou por 100 também votou por 80. Logo, a maioria entendeu que o valor correto seria 80.

Se o órgão julgador for composto de cinco membros, a solução, pelo sistema de continência, é a mesma: adota-se o voto “do meio” ou o chamado voto médio. Assim, imagine-se, por exemplo, que um julgador entende que o valor correto é 100, outro 80, o terceiro vota por 50, o quarto, por 30 e o quinto, por 10. Por essa sistemática, o resultado, por maioria, é de 50, por estar “no meio”, entre as extremidades dos demais posicionamentos. Ademais, quem deu 100 e quem deu 80 deram igualmente 50. Logo, a maioria entendeu por 50⁷⁷.

A segunda maneira de resolver a dispersão quantitativa é pelo *sistema da média aritmética*, em virtude do qual se soma o valor contido nos diferentes votos, dividindo-se o total pelo número de votantes. Assim, no exemplo anterior, em que o relator estimou o valor da condenação em 100, o revisor em 80 e o vogal em 50, o voto médio seria obtido pela média aritmética, resultando num julgamento por maioria em que o valor seria de 76,66⁷⁸. Note que, aplicada essa técnica, o voto médio seria um voto que não foi proferido por qualquer julgador; assim, todos os votos proferidos seriam considerados “derrotados”, solução que seria arrematado contrassenso (Edcl em Resp n. 219.064/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., publicado no DJ de 11.06.2001).

A maneira tida como a mais adequada é a do *sistema de continência*, por oferecer a melhor solução para a dispersão quantitativa, refletindo, realmente, o entendimento majoritário.

Essa solução é, de fato, a melhor para se definir o *resultado* do julgamento, mas não se trata de boa solução para definição do cabimento de embargos infringentes ou para delimitação de seu objeto. Volvendo-se ao exemplo já citado, em que o relator o relator estimou o valor da condenação em 100, o revisor em 80 e o vogal em 50, não há definição precisa quanto a que parte da decisão

77. Sobre o sistema de continência, consultar, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 655.

78. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Embargos infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 137.

podem ser interpostos embargos infringentes, sobretudo porque tal recurso somente é cabível, atualmente, se a sentença for *reformada* por maioria de votos (CPC, art. 530), significando dizer que somente o *apelado* ou o *rêu* na ação rescisória pode dele se valer. A melhor solução, para se aquilatar o cabimento dos embargos infringentes, é valer-se da teoria dos capítulos de sentença. A dispersão quantitativa acarreta, em verdade, a decomposição do valor discutido, retalhando-o em capítulos diversos. Assim, no aventado exemplo, em que o relator estimou o valor da condenação em 100, o revisor em 80 e o vogal em 50, houve julgamento, por unanimidade, na parte relativa aos 50. A diferença entre os 50 e os 80, ou seja, esses 30 que existem entre tais valores foi julgado por maioria de votos. E os 20 restantes foram objeto de voto vencido, eis que conferidos por, apenas, um julgador.

Parece, como se vê, que a melhor solução está não na adoção ou fixação do voto médio, mas na decomposição do valor para considerar cada um como um capítulo autônomo do julgamento, levando em conta a votação relativa a cada um deles. Eis a solução para a definição do cabimento dos embargos infringentes. Para se aferir o resultado, quando se tratar de julgamento do qual não caibam embargos infringentes (como, por exemplo, num recurso especial ou extraordinário), é suficiente adotar o voto médio, obtido pelo *sistema da continência*.

No caso da dispersão *qualitativa*, a solução não pode ser pelo chamado voto médio. Relembre-se o exemplo já aventado: o relator conferiu a guarda da criança à mãe, o revisor, ao pai e o vogal, à avó materna. Qual o resultado? Nenhum. Na verdade, não há, nesse caso, acórdão. É que acórdão, como se viu, consiste num acordo, num consenso, numa concordância quanto ao resultado. Para que haja acórdão, deve haver, ao menos, dois votos no mesmo sentido.

Em havendo dispersão qualitativa, a solução consiste em designar um novo julgamento para que se chegue a algum consenso ou convocar outros magistrados, a fim de que haja adesão a um dos votos já proferidos. Somente assim se obtém algum consenso, algum acordo, daí surgindo um acórdão.

Na verdade, segundo esclarece ARAKEN DE ASSIS, há três sistemas que oferecem solução para a dispersão qualitativa: a) o da supervotação, que exige a convocação de outros juízes, em número suficiente para o sufrágio de uma das teses; b) o da opção coata, que exige nova votação, mas persistindo o impasse, impõe que os partidários das correntes menos sufragadas adiram a uma das correntes majoritárias; c) o da exclusão, que consiste em pôr em votação somente duas das opiniões discordantes, procedendo à votação de qual delas há de prevalecer. Para ARAKEN DE ASSIS, todos os sistemas são imperfeitos e

passíveis de críticas. Na sua opinião, essa é uma solução a ser dada pelo regimento interno de cada tribunal⁷⁹.

10.10. Modificação de voto

Discute-se se é possível, em julgamento colegiado, a alteração de voto após a proclamação do resultado.

Não é possível.

Com a proclamação do resultado, dá-se por encerrada a atividade jurisdicional de conhecimento⁸⁰, somente podendo o órgão jurisdicional alterar a decisão por meio de embargos de declaração ou para corrigir-lhe erro material ou erro de cálculo (art. 463 do CPC, aplicado a qualquer decisão judicial)⁸¹.

O art. 556 do CPC também ratifica isso: “Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor”. É como afirma Barbosa Moreira: “Realmente, que utilidade terá a proclamação do resultado pelo presidente, se o panorama ainda é suscetível de alterar-se até o fim da sessão? Devemos entender que se cuida de uma ‘proclamação provisória’ e de um ‘resultado idem’? (...) Caso a retificação superveniente venha a inverter o desfecho da votação, ficará sem efeito a designação do redator do acórdão?”⁸². Nesse sentido, STF, 2ª T., RMS 21.827-8 rel. Min. Carlos Velloso, j. 1º.3.1994, DJU de 25.3.1994, p. 6.012.

Explica Pontes de Miranda:

“A proclamação é que encerra o julgamento, mas o seu elemento de declaratividade supõe que, iniciado o anúncio do resultado, já não se possa alterar qualquer elemento do julgado. Não só depois dela já se não admite a modificação do voto; quando ela começa o que se vai declarar, já está feito com caráter definitivo”⁸³.

Mas ainda há outros argumentos: a) o advogado, que já tenha procedido a sustentação oral ou feitos os esclarecimentos que se mostrem necessários, ficará

79. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2007, n. 34.1.3, p. 348-349.

80. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?” *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107.

81. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, cit., p. 109.

82. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, cit., p. 109.

83. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, t. 8, p. 221. Assim, também, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 821.

impedido de manifestar-se sobre o novo voto, “a menos que se lhe imponha o ônus, nada razoável, de assistir à sessão até o fim”⁸⁴; b) é possível que, entre a proclamação do resultado e a sua modificação, algum dos membros do colegiado se haja ausentado e, assim, ficará excluído da nova manifestação⁸⁵.

11. INCIDENTES EM JULGAMENTO DE TRIBUNAL

Há incidentes processuais exclusivos dos julgamentos em tribunal. Três deles são bastante conhecidos e relevantes: o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC), o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476-479 do CPC) e o incidente de deslocamento da competência para julgar o recurso (art. 555, § 1º, CPC). Eles merecem um tratamento destacado e receberão, por isso, capítulo próprio (note que o *incidente de deslocamento* é estudado conjuntamente com o *incidente de uniformização, em razão de suas semelhanças*).

84. MOREIRA, José Carlos Barbosa “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, cit., p. 108.

85. MOREIRA, José Carlos Barbosa “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, cit., p. 108.

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TRIBUNAL

Sumário • 1. Considerações gerais sobre os incidentes em julgamento de tribunal – 2. Uniformização da jurisprudência (arts. 476-479 do CPC) – 3. Uniformização da jurisprudência: distinção com o incidente de julgamento de recurso (art. 555, § 1º, CPC) e com os embargos de divergência – 4. Incidente de decretação de inconstitucionalidade da lei (arts. 480-482 do CPC): peculiaridades.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS INCIDENTES EM JULGAMENTO DE TRIBUNAL

Em qualquer causa que tramite em tribunal (de sua competência originária, remessa necessária ou recurso)¹, podem surgir alguns incidentes processuais, que lhe são típicos. Dois desses incidentes serão examinados neste capítulo: o incidente de uniformização de jurisprudência e o incidente de decretação de inconstitucionalidade da lei. Eles têm uma estrutura procedimental bastante parecida, com características gerais comuns. Neste item serão examinadas as características gerais, que se aplicam a ambos os incidentes, indistintamente. Para cada incidente há um tópico destacado, no qual se examinam as suas peculiaridades.

Natureza jurídica. Conforme anunciado, esses institutos possuem a natureza de incidente processual. Não são recurso², nem ação autônoma de impugnação nem outro meio de impugnação atípico³ de decisão judicial, pois, ao contrário, servem como etapa no processo de criação da decisão, e não da sua impugnação.

Objetivo. Esses incidentes têm por função transferir, a um outro órgão do tribunal, a competência funcional para a análise de determinadas questões de direito, examinadas *incidenter tantum* e havidas como relevantes para o deslinde da causa.

-
1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 9 e 37.
 2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 4. O autor, entretanto, parte de uma premissa de que o *incidente de uniformização de jurisprudência* somente ocorre em julgamento de recurso — e, assim, também teria natureza de recurso. Sucede que, como visto, os incidentes podem acontecer em qualquer julgamento de tribunal, e não somente em recurso.
 3. Ovidio Baptista da Silva, embora entenda que o incidente de uniformização de jurisprudência não é um recurso, o coloca como um outro instrumento de impugnação de decisão jurisdicional (*Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 476-477).

Em toda decisão judicial, o órgão julgador examina as questões incidentes e a questão principal, que é o pedido. Normalmente, o exame das questões incidentes é da competência do juízo que examinará a questão principal.

Suscitado e admitido o incidente, porém, ocorre uma divisão da competência: um órgão julgador fica com a competência para julgar a questão principal e as demais questões a respeito das quais não foi suscitado qualquer incidente, e outro fica com a competência para julgar a questão incidente sobre a qual versa um desses institutos ora examinados. Vejamos o exemplo: a) tramita um recurso em uma câmara cível; b) suscita-se e admite-se o incidente de uniformização de jurisprudência; c) suspende-se o andamento do processo no órgão originário e a causa é transferida a um outro órgão do tribunal (órgão colegiado maior: grupo de câmaras, seção, órgão especial etc.), indicado pelo regimento interno do tribunal, que terá a competência para examinar a questão a respeito do qual versa o incidente; d) decidida a questão incidente, voltam os autos ao órgão originário, de quem é a competência para prosseguir no julgamento do feito, decidindo as demais questões incidentes, sobre as quais não houve a instauração do incidente, e a questão principal.

É importante, porém, que se perceba o seguinte: a) o incidente só pode ter por objeto uma *questão incidente*; b) essa questão incidente tem de ser uma *questão de direito*; c) a *questão de direito incidente* tem de ser relevante para o julgamento da *questão principal*. No caso da *uniformização de jurisprudência*, a *questão incidente de direito* é aquela discutida na causa, sobre a qual há controvérsia jurisprudencial atual *interna corporis* (dentro do mesmo tribunal). Alternativamente, cabe a uniformização de jurisprudência para *prevenir* potencial divergência no âmbito interno do tribunal. No *incidente de decretação de inconstitucionalidade*, a *questão de direito incidente* é a prejudicial de inconstitucionalidade.

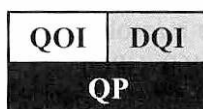
É preciso lembrar o que foi dito no capítulo sobre a teoria da cognição, que está no v. 1 deste curso. *Questão incidente* é aquela *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolver a questão como etapa necessária do seu julgamento, mas não a decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do juízo. São chamadas de *questões principais*. Somente em relação a essas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.

Após a decisão do incidente, conforme foi dito, a causa volta ao órgão julgador originário, que deve ultimar o julgamento do feito, resolvendo as demais questões incidentes e decidindo a questão principal. O órgão originário fica vinculado à solução que o colegiado maior deu à questão incidente – a solução “incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”⁴. Note-se que, assim, a decisão final será produto do trabalho de dois órgãos julgadores: o órgão originário, que ficou responsável pela decisão da questão principal e de algumas questões incidentes, e o órgão colegiado maior, que resolveu a questão de direito objeto do incidente que fora suscitado. Trata-se, então, de exemplo de julgamento *subjetivamente complexo*.

– *Situação em que não houve o incidente*. O órgão fracionário originário resolve as *questões incidentes* (QI, cinza) e a *questão principal* (QP, preto). A decisão judicial é produto do trabalho exclusivo deste órgão jurisdicional.



– *Situação em que houve o incidente*. O órgão fracionário originário resolve as *demais questões incidentes* (DQI, cinza) e a *questão principal* (preto). O órgão colegiado maior resolve a *questão objeto do incidente* (QOI, branco). Perceba que, neste caso, a decisão judicial é produto do trabalho de dois órgãos jurisdicionais.



Essa constatação é importante para resolver o problema da competência para o julgamento de futura ação rescisória deste acórdão. É possível que a competência para rescindir acórdão de uma câmara do tribunal seja diferente da competência para rescindir o acórdão de um grupo de câmaras (colegiado maior), a depender do que prescrever o regimento interno do tribunal. Nesse caso, a competência para a ação rescisória será do órgão do tribunal que tiver competência para rescindir decisão proferida pelo *órgão colegiado maior*, mesmo que a participação desse colegiado, no julgamento rescindendo, se tenha restringido à resolução de uma questão incidente. Por exemplo, no Tribunal de Justiça da Bahia: a competência para julgar ação rescisória de decisão de câmara cível é das câmaras cíveis reunidas; suscitado o incidente, e decidida a questão incidental pelas *câmaras cíveis reunidas*, eventual ação rescisória deste julgamento será da competência do Tribunal Pleno, a quem compete julgar a ação rescisória dos julgados desse

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 48.

grupo de câmaras. Egas Moniz de Aragão enfrentou o problema, tratando especificamente do caso do incidente de decretação de inconstitucionalidade, mas as suas conclusões servem para ambas as modalidades ora examinadas.

“Considerando ser: a) subjetivamente complexo o julgamento que, observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal, aprecia questão constitucional; e b) incindível o objeto do juízo no julgamento da ação rescisória, de tal modo que não pode caber a mais de um tribunal, *ipso facto* não pode caber a mais de um órgão do tribunal; a conclusão é uma só: a competência em tal hipóteses é do órgão maior. Para tal efeito é irrelevante que haja sido, ou não, declarada a inconstitucionalidade. Se não o fora, a rescisão visará a que o seja; se o fora, à sua des-constituição. Por exceção que confirma a regra, poderá acontecer de o pedido ferir apenas a parte final do julgamento, de tal sorte que, mantido o pronunciamento sobre a constitucionalidade, a rescisão vise tão-só a alguma aspecto do próprio epílogo do julgamento, no órgão fracionário em que se iniciara. Nesse caso será atingida unicamente a conclusão do julgamento, apenas a manifestação do órgão fracionário o completá-lo, sem afetar por qualquer modo a declaração proferida no órgão plenário. Afora tal hipótese, porém, somente o órgão maior poderá conhecer da ação rescisória e julgá-la visto que, não competindo ao órgão menor rescindir julgado do órgão maior, o pronunciamento deste último permanecerá hígido, por ser imune a rescisão perante órgão inferior, funcionalmente incompetente”.⁵

Inexistência de coisa julgada. Exatamente porque o seu objeto é uma questão não-principal, a decisão do incidente comporá a fundamentação da decisão final e, portanto, não está apta a ficar imune pela coisa julgada material. A coisa julgada material não recai sobre a resolução das questões que se encontram na fundamentação da decisão (art. 469, CPC).

Irrecorribilidade. A decisão do incidente é irrecorrível, porque ainda não há decisão final. Trata-se, como visto, de decisão sobre uma questão incidente. Recorrível é o acórdão do órgão originário que completar o julgamento. É possível, porém, admitir o cabimento de embargos de declaração⁶, para o esclarecimento de alguma obscuridade ou contradição porventura existente no acórdão que julgar o incidente. Recorrível é a decisão do órgão jurisdicional originário que completar o julgamento. O recurso cabível contra essa decisão pode ser embargos infringentes, recurso ordinário constitucional, recurso especial, recurso extraordinário etc. A propósito, vale conferir o enunciado n. 513 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou

5. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal”. *Estudos em Homenagem a Luiz Machado Guimarães*. José Carlos Barbosa Morcira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 150.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 48-49; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 364; SOUZA, Bernardo Pimentel. “Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil”. *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 113.

extraordinário, não é a do pleno que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

Intervenção do Ministério Público. Em ambos os incidentes, a intervenção do Ministério Público é obrigatória (arts. 478, par. ún, e 480, do CPC). Justifica-se a intervenção no interesse público que há na uniformização de jurisprudência (garantidora da segurança jurídica) e na decretação da inconstitucionalidade de uma lei, também relacionada com a segurança jurídica, porquanto, decretada a inconstitucionalidade de uma lei, rompe-se com o princípio da presunção de que as leis são constitucionais.

Vários incidentes. É possível que, em um mesmo processo, seja suscitado mais de um incidente.

2. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA (ARTS. 476-479 DO CPC)

O relevante papel da jurisprudência como fonte do direito parece atualmente indiscutível. Não somente como uma garantia de previsibilidade das decisões judiciais, aspecto do princípio da segurança jurídica⁷, mas também pela consagração, em nível constitucional, da força vinculativa dos precedentes jurisprudenciais do STF, em matéria constitucional, consolidados na súmula da sua jurisprudência predominante (a chamada “súmula vinculante”), *ex vi* do § 3º do art. 103 da CF/88 (EC n. 45/2004). Além da “súmula vinculante”, há outros instrumentos processuais criados com o objetivo de garantir a harmonização da jurisprudência, como o recurso especial fundado na letra “c” do inciso III do art. 105 da CF/88 (divergência entre tribunais na aplicação de lei federal) e o recurso dos embargos de divergência, que tem o objetivo de uniformizar a jurisprudência *interna corporis* nos tribunais superiores.

O incidente de uniformização de jurisprudência também faz parte desse sistema de mecanismos processuais para a composição das divergências jurisprudenciais. Está regulado pelos arts. 476-479 do CPC. O seu objetivo é a uniformização de jurisprudência *interna corporis* dos tribunais.

Eis os pressupostos específicos para a instauração deste incidente.

Que esteja em curso (não cabe se houver encerrado o procedimento em tribunal) um julgamento de recurso ou processo de competência originária dos tribunais numa câmara, grupo de câmaras ou turma. Se o julgamento se desenvolve

7. Sobre o tema, imprescindível a leitura de VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 17-86.

no plenário, ou no órgão especial, não é o caso de se suscitar o incidente, porque o próprio pleno fixará a tese jurídica que entender cabível⁸. Quanto ao órgão especial, este exerce, nos tribunais em que ele existe, as mesmas funções jurisdicionais que seriam atribuídas ao plenário (CF, art. 93, XI). “Não é necessário que o julgamento incida sobre matéria de *mérito*. A lei não faz qualquer distinção a esse respeito”⁹. Cabe até mesmo em julgamento de embargos de declaração, conforme visto no capítulo a eles destinado.

Questão de direito controvertida e relevante para a solução do caso concreto.

A questão de direito controvertida pode ser substancial ou processual. É preciso que exista divergência jurisprudencial entre juízes, não bastando a discussão doutrinária; o dissídio relevante é unicamente o que oponha julgados de órgãos do *mesmo* tribunal. O julgamento da causa deve depender da solução que se der à questão de direito controvertida.¹⁰ “É insuficiente a divergência entre votos”, é preciso que o dissídio oponha julgamentos¹¹.

Barbosa Moreira enumera as três situações que ensejam o referido incidente:

a) A divergência existe entre a decisão da qual se recorreu para a turma, câmara ou grupo de câmaras, e algum acórdão, anterior ou posterior àquela, de outra turma, câmara ou grupo, não reformado nem anulado;

b) Entre o próprio julgamento em curso e algum acórdão de outra turma, câmara, grupo, não reformado nem anulado. Perceba que é possível que a divergência ocorra *no curso* de um julgamento. “Assim, se pelo número de votos proferidos se verifica, em dado momento, a prevalência de interpretação diferente da fixada noutro julgamento, qualquer juiz que haja de votar pode suscitar o incidente”¹²

c) Entre *dois acórdãos proferidos antes do julgamento* por órgãos distintos do mesmo tribunal, não reformados nem anulados.

O art. 476 do CPC prevê as seguintes hipóteses de cabimento do incidente de uniformização de jurisprudência: “I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”. Notou Barbosa Moreira que sob a redação do inciso I, por ser tão ampla, já caberia o próprio caso previsto no inciso II.¹³

8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 9.
 9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 10.
 10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 14.
 11. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 14.
 12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 12.
 13. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 12.

O incidente pode ser suscitado por qualquer juiz que haja de votar no julgamento (art. 476, *caput*, CPC) ou pela parte (*recorrente* ou *recorrido*, parágrafo único do art. 476). Juizes impedidos/suspeitos ou que não têm voto não podem suscitar o incidente¹⁴. O Ministério Público atuando na qualidade de parte pode suscitar o incidente. Se o Ministério Público *custos legis* recorreu da sentença, torna-se *parte* no procedimento recursal e, nessa qualidade, pode provocar o incidente¹⁵⁻¹⁶. O assistente simples também pode suscitar o incidente, eis que é *parte auxiliar*¹⁷. A provocação pode ser por escrito ou em sustentação oral, a despeito do silêncio do texto normativo¹⁸ – nesse último caso, a prova da divergência é também indispensável, e deve ser feita na hora, oportunizando-se, obviamente, o contraditório. É preciso apresentar a prova da divergência. A suscitação pode ocorrer até a prolação do julgamento da causa¹⁹.

Uma vez requerida a instauração do incidente, é preciso que o órgão jurisdicional originário reconheça a divergência, por acórdão, para, só então, remeter os autos ao colegiado maior. A existência da divergência é matéria preliminar, que compõe o juízo de admissibilidade desse incidente, podendo, inclusive, ser objeto de conhecimento pelo pleno ou órgão especial. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão (decisão irrecurável), indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juizes cópia do acórdão (art. 477 do CPC).

Segundo Vicente Greco Filho, o requerimento da parte não é vinculante, não gerando direito subjetivo processual ao incidente²⁰. De fato, a jurisprudência tem entendido que o art. 476 confere uma certa discricionariedade para o tribunal na instauração ou não do incidente²¹. Não parece correto esse entendimento. Con-

14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 15.

15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 16.

16. Há entendimento que confere ampla legitimidade ao Ministério Público, independentemente de ser ele recorrente, SOUZA, Bernardo Pimentel. “Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil”, cit., p. 103.

17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 17.

18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 17; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*, cit., p. 188; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, cit., p. 363.

19. SOUZA, Bernardo Pimentel. “Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil”, cit., p. 204.

20. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, cit., p. 363. Em sentido semelhante, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. I, cit., p. 476.

21. “Uniformização da jurisprudência. O órgão julgador dispõe de uma margem de discricionariedade, no exame da conveniência e da oportunidade de admitir o incidente, por vezes suscitado com invocação a aresto divergente isolado, ou já superado no tempo. Pode ser negado processamento à arguição feita pela parte, quando com intuito procrastinatório, sendo notória a orientação jurisprudencial dominante. Negativa de contrariedade, pois, aos artigos 476 e 477 do CPC”. (Resp 1865-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, publicado no

forme anunciado, a uniformização de jurisprudência é instrumento indispensável para a segurança jurídica. É preciso examinar este instituto à luz do papel que desempenha a jurisprudência no sistema normativo brasileiro. Preenchidos os pressupostos legais, é possível falar, como afirma José Marcelo Vigliar, no surgimento de um *dever de uniformizar*, a que corresponderia um direito subjetivo processual de ver harmonizada a divergência jurisprudencial *interna corporis*²². Não suscitado o incidente, não obstante preenchidos os pressupostos, viola-se o art. 476 do CPC, o que autoriza a interposição de recurso especial para o STJ²³.

“O incidente de uniformização de jurisprudência afigura-se como garantia do jurisdicionado. Presentes seus requisitos – impõem os valores *igualdade, segurança, economia e respeitabilidade* – deve ser instaurado. Trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existentes em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso ao Judiciário”.²⁴

O *quorum* para julgamento do incidente é determinado pelo regimento interno do tribunal. Se a tese jurídica for fixada com o voto da *maioria absoluta* dos membros do órgão, ela deverá ser consagrada em *súmula da jurisprudência predominante do tribunal* (art. 479 do CPC). Se a votação der-se por maioria simples, “a fixação da tese jurídica prevalecerá para o caso concreto, mas não será ‘objeto de súmula’ nem constituirá ‘precedente de uniformização de jurisprudência’”.²⁵ A súmula tem a sua relevância: a) o art. 557 permite decisão do relator baseada na súmula; b) a citação do enunciado da súmula dispensa a referência a outros julgados no mesmo sentido (art. 102, § 4º, RISTF, aplicado por analogia). Recomenda-se a leitura dos arts. 118-127 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

É incorreto falar em “súmulas” do tribunal. Só há uma súmula, que tem diversos enunciados. Explica o tema Barbosa Moreira, referindo-se à súmula do STF: “A ‘Súmula’, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita ‘pelo número do enunciado’, dispensaria, perante a Corte, ‘a indicação complementar de julgados no mesmo sentido’”. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria ‘Súmula’, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de ‘Súmula’ corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das

DJU de 30.04.90) Neste sentido, diversos acórdãos colhidos por Theotônio Negrão (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, nota 1 ao art. 476, p. 495.

22. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*, cit., p. 203. Assim, também, SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 600.
23. ● recurso será interposto do acórdão final, já que a decisão sobre a admissibilidade do incidente é irrecurável, como visto.
24. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*, cit., p. 204.
25. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 ed. cit., p. 25.

teses compendiadas. O modo de citar a ‘*Súmula*’, pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer ‘n. X da *Súmula*’ ou ‘*Súmula*, n. x’. Mas passou-se a falar com frequência de ‘*Súmula* n. x’, sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma ‘*súmula*’... Pois bem. A Emenda Constitucional n. 45 rende-se ao uso informal, tolerável em conversas de corredor do Fórum, nunca porém num documento oficial, e menos que alhures em texto que se incorpora à Constituição. O novo art. 103-A desta autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar ‘*súmula* que (...) terá efeito vinculante’, e já se generalizou, até fora dos meios especializados, a referência às futuras ‘*súmulas* vinculantes’, no plural, para designar as proposições ou teses a que a Corte, reunidos os pressupostos, imprimirá esse efeito”.²⁶

3. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: DISTINÇÃO COM O INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSO (ART. 555, § 1º, CPC) E COM OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Há entendimento de que não cabe o incidente de uniformização de jurisprudência perante o STF, na medida em que o RISTF silencia a respeito, prevendo, apenas, o incidente para julgamento de recurso (arts. 11, par. ún., e 22, par. ún.). Há ainda quem pense que os *embargos de divergência* teriam essa mesma finalidade, sendo mais uma razão para o não-cabimento do incidente. Não é esse, porém, o melhor entendimento. Impõe-se perfilar a linha de pensamento de Bernardo Pimentel Souza, para quem é possível, à luz do art. 126 do RISTF, admitir o incidente neste tribunal²⁷.

A uniformização de jurisprudência distingue-se dos embargos de divergência.

Embargos de divergência	Uniformização de jurisprudência
– Recurso;	– Incidente processual;
– Finalidade corretiva;	– Finalidade preventiva, embora se refira a um caso concreto;
– Cabem contra acórdão proferido em recurso especial/extraordinário;	– Cabe em sede de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária;
– Sendo recurso, cabe após o julgamento.	– Sendo incidente, somente cabe antes do julgamento.

26. “A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça)”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378, p. 43.

27. Com ampla análise da polêmica, SOUZA, Bernardo Pimentel. “Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil”, cit., p. 98-100.

Finalmente, é preciso distinguir o *incidente de uniformização de jurisprudência* do *incidente de deslocamento da competência para o julgamento do recurso*, previsto no § 1º do art. 555 do CPC, assim redigido: “§ 1º. 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; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”. Esse incidente, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, foi inspirado em dispositivos do RISTF (arts. 11, par. ún., e 22, par. ún.).

Incidente de remessa de recursos	Incidente de uniformização de jurisprudência
– Só está previsto para julgamento de recurso (agravo ou apelação). Como se disse, há instituto semelhante no âmbito do STF e do STJ, previsto regimentalmente.	– Pode ser suscitado em qualquer causa que tramite em tribunal (recurso, causa de competência originária ou remessa necessária).
– O órgão especial, além de analisar a questão, julgará o recurso.	– O órgão especial apenas analisará a questão; quem completa o julgamento é o órgão perante o qual o incidente foi suscitado.
– Somente pode ser proposto pelo relator. É razoável, porém, fazer uma interpretação ampliativa para admitir que qualquer interessado possa, na sessão de julgamento, suscitar o incidente.²⁸	– Pode ser proposto pelo relator, outro juiz ou até mesmo pela parte.

4. INCIDENTE DE DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI (ARTS. 480-482 DO CPC): PECULIARIDADES

O art. 97 da Constituição Federal prescreve que: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Trata-se de regra que estabelece um *quorum* qualificado para a decretação de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais – regra da *reserva*

28. Esta é a dicção legal. Autorizada doutrina a critica, entendendo ser possível a arguição pelos litigantes, pelo MP ou por qualquer membro do órgão fracionário (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11 ed. cit., p. 654. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 182).

de plenário ou regra do *full bench*²⁹. Estabelece-se uma regra de competência funcional³⁰ (cujo desrespeito implica, pois, incompetência absoluta) para o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei. O *incidente de decretação de inconstitucionalidade* é o meio processual previsto para regulamentar esse dispositivo constitucional.

Reconhecida, pelo tribunal, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público sem a obediência à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal, cabe a interposição de recurso extraordinário, no qual se deve alegar como violado tal dispositivo constitucional. Antes, porém, se faz necessária a oposição de embargos de declaração, destinados a suprir a omissão quanto à aplicação do referido art. 97. No julgamento dos referidos embargos, o tribunal poderá, suprimindo a omissão, anular o acórdão para atender a exigência constitucional, remetendo o caso ao plenário ou órgão especial. Se já houver julgamento anterior pelo plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do STF, poderão ser acolhidos os embargos para suprir a omissão quanto à juntada ou referência ou transcrição do precedente (CPC, art. 481, parágrafo único). Poderá, ainda, o tribunal entender que não se aplica, ao caso, o art. 97 da Constituição Federal, deixando explícita a razão pela qual não o fez incidir na espécie. Com isso, restará prequestionado o dispositivo, podendo ser interposto recurso extraordinário por ofensa ao disposto no art. 97 da Constituição da República.

Quando a decisão do tribunal deixa de aplicar alguma norma, está, em verdade, a afastar sua incidência. Acontece que a aplicação da lei vigente somente pode deixar de ser feita pelo Judiciário, em razão de sua inconstitucionalidade ou incompatibilidade com o texto constitucional vigente. Significa que o Judiciário somente se abstém de aplicar uma norma em pleno vigor, quando apresenta contra ela algum vício de inconstitucionalidade. Ao assim proceder, o tribunal deve submeter a questão ao crivo do Plenário ou Corte Especial para que seja, formalmente, reconhecida a inconstitucionalidade. Isso porque, de acordo com o art. 97 da Constituição Federal, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial poderá o tribunal decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Quer isto dizer que não somente a decretação expressa da inconstitucionalidade, mas também

29. "...isto é, a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta (no mínimo) da totalidade dos membros do tribunal julgador..." (AMARAL JR., José Levi McIllo. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 17).

30. "Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confirmar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/877), não dispõem do poder de declaração de inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editada pelo Poder Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo Plenário ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253)". (STF, HC n. 69.921-9/MS, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.03.1993).

o simples afastamento da incidência da norma, no todo ou em parte, devem submeter-se à exigência do art. 97 da Constituição Federal. A propósito, eis o teor do enunciado 10 da Súmula Vinculante do STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

Se, eventualmente, não for cumprido o comando inserto no enunciado 10 da Súmula Vinculante do STF, caberá o manejo da reclamação constitucional para que a Corte Suprema imponha a obediência à cláusula de reserva de plenário.

A regra da reserva de plenário não se aplica nos casos de decisão fundada em cognição sumária. Imagine-se a hipótese de o tribunal, ao examinar o pedido de tutela antecipada, afastar a eficácia de uma lei, sob o fundamento de que a sua inconstitucionalidade é bem provável. No caso, não há uma decisão sobre a inconstitucionalidade da lei, mas apenas a antecipação dos efeitos de futuro reconhecimento incidental desta inconstitucionalidade. Como não se pode cogitar de uma inconstitucionalidade provisória, não há necessidade de o órgão especial/pleno examinar a questão em situações como essa.

O Supremo Tribunal Federal entende que, no âmbito das turmas recursais de juizado especial, não se aplica a exigência contida no art. 97 da Constituição Federal. Se, contudo, for reconhecida, pela turma recursal, a inconstitucionalidade de alguma norma, cabe o recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, “b”, da CF/88, desde que seja feita a juntada de cópia integral da decisão que declarara a inconstitucionalidade da norma objeto de recurso extraordinário. Assim, em causas repetitivas, reconhecida, no primeiro precedente, a inconstitucionalidade da norma, os demais, geralmente, restringem-se a invocá-lo, resolvendo a causa. Nessas situações, se houver a invocação de um precedente que já reconheceu a inconstitucionalidade da norma, o cabimento do recurso extraordinário somente será conhecido, se estiver acompanhado de cópia integral da decisão que decretara a inconstitucionalidade. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do STF: “EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Interposição com base na alínea ‘b’ do inc. III do art. 102 da Constituição Federal. Enunciado nº 32 dos Juizados Federais do Rio de Janeiro. Declaração inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97. Juntada de cópia da decisão que o declarou. Falta. Peça essencial à compreensão e ao desate do recurso. Seguimento negado. Agravo regimental improvido. Não se admite recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, b, da Constituição da República, sem cópia da decisão de Juizado Especial que, tendo declarado

inconstitucionalidade de norma e aprovado o enunciado respectivo, serviu de fundamento à decisão recorrida”.³¹

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle *difuso*, a análise da constitucionalidade da lei é feita *em abstracto*³². Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa julgada *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), “a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão”.³³ Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal.

É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (§§ do art. 482)³⁴⁻³⁵. Sobre a intervenção do *amicus curiae*, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro, no v. I deste curso.

Um órgão fracionário do tribunal não tem competência para decretar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma lei (e, *a fortiori*, o relator, sozinho, também não pode decretar a inconstitucionalidade da lei). Uma vez suscitada essa questão, deverá esse órgão remeter os autos ao Tribunal Pleno ou órgão especial (conforme o caso).

Há três situações em que essa remessa é desnecessária:

31. Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE-AgR 453.744/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/6/2006, DJ de 25/8/2006, p. 24.
32. Sobre o tema, também, MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1999, n. 75, p. 244; AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48.
33. AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 39.
34. §§ do art. 482 do CPC: “§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.
35. “Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle da constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, p. 38).

a) Se o órgão fracionário rejeitar a alegação de inconstitucionalidade, pois o *quorum* privilegiado é exigido apenas para o reconhecimento da *inconstitucionalidade* da lei, e não da sua *constitucionalidade*, que, aliás, é presumida;

b) Em razão da natureza de processo objetivo, fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par. ún., CPC)³⁶;

c) Não é preciso suscitar o incidente se a causa já estiver tramitando no órgão especial ou tribunal pleno. Imagine-se, por exemplo, um mandado de segurança impetrado, originariamente, no tribunal de justiça contra o Governador do Estado, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade de determinado ato ou norma. Em muitos tribunais, é o pleno ou o órgão especial que julga esse mandado de segurança originário. Nesse caso, já sendo o julgamento da causa de competência do pleno ou do órgão especial, ocioso instaurar-se o incidente de inconstitucionalidade, devendo a causa ser julgada desde logo. Pode ocorrer, em casos assim, uma situação interessante: mesmo acolhido o pedido por maioria, a parte autora resta derrotada. Suponha-se que o órgão especial seja composto de 15 (quinze) membros. Deve, portanto, a inconstitucionalidade ser reconhecida por, pelo menos, 8 (oito) votos, ainda que a composição do órgão, no momento do julgamento, não esteja completa. Imagine-se, ainda, que estejam presentes, apenas, 13 (treze) membros, havendo a ausência justificada de 2 (dois) deles. Se o julgamento for proferido por maioria de votos, num escoré de 7 (sete) a 6 (seis), a parte, mesmo a votação sendo-lhe formalmente favorável, não venceu. Isso porque, sendo a causa de pedir a inconstitucionalidade de ato ou norma, é preciso que tal inconstitucionalidade seja reconhecida por, pelo menos, 8 (oito) votos. Nessa hipótese ora aventada, conquanto haja votação majoritária para o impetrante, não se alcançou o *quorum* mínimo para a declaração de inconstitucionalidade, devendo ser tida como improcedente a pretensão processual.

O Ministério Público (seja como parte, assistente ou fiscal da lei), qualquer das partes e qualquer julgador têm legitimidade para suscitar o incidente. É possível suscitar o incidente até o final do julgamento, mesmo em sustentação oral, antes do Presidente do órgão colegiado proclamar o resultado.³⁷

Acolhida a alegação de inconstitucionalidade, lavrar-se-á acórdão para que possa ser submetida ao tribunal pleno ou órgão especial. Se a alegação for rejeitada, prossegue-se o processo (art. 481 do CPC).

36. AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48-49. Art. 481, par. ún., CPC: "Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. cit., p. 37-38.